

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PISA



SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO E DELL'ECONOMIA

IUS/10

Tesi di dottorato

DELEGIFICAZIONE, REGOLAZIONE E CONCORRENZA NELLE ULTIME (TENTATE) RIFORME DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

Tutor:

Chiar. mo Prof. Alfredo Fioritto

Candidato:

Dott. Carlo Sabetta

Anno accademico 2011/2012

INDICE

<i>Introduzione</i>	6
---------------------------	---

CAPITOLO I

I servizi pubblici locali tra cenni ricostruttivi della nozione ed evoluzioni legislative	11
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Premessa	11
----------------	----

1. Teoria soggettiva ed oggettiva nell'evoluzione della nozione di servizio pubblico.....	11
-------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.2. <i>I pubblici servizi come attività soggette a rapporto d'utenza</i>	17
---------------------------------------------------------------------------------	----

1.3. <i>La reale configurabilità di una nozione di servizio pubblico "locale"</i>	19
-----------------------------------------------------------------------------------------	----

2. L'evoluzione normativa (cenni): le municipalizzazioni di inizio '900	22
-------------------------------------------------------------------------------	----

2.1 <i>Gli interventi degli anni '90 e le tentate riforme di inizio secolo</i>	25
--------------------------------------------------------------------------------------	----

3. Premessa. I Servizi di interesse economico generale (SIEG)	32
---------------------------------------------------------------------	----

3.1 <i>Le prime interpretazioni</i>	33
-------------------------------------------	----

3.2 <i>La crescente espansione della dimensione comunitaria</i>	37
-----------------------------------------------------------------------	----

3.3 <i>Il Trattato di Amsterdam</i>	41
-------------------------------------------	----

3.4 <i>Nuovi elementi utili per una futura definizione dell'equilibrio tra stato e mercato?(cenni)</i>	44
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

3.5 <i>Il Trattato di Lisbona: uno spazio per la futura valorizzazione delle autonomie locali?</i>	46
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

3.6 <i>L'attuale incidenza del quadro comunitario sul settore dei servizi pubblici locali...</i>	50
--------------------------------------------------------------------------------------------------	----

3.7 <i>I concreti elementi di differenziazione dei servizi pubblici locali rispetto al quadro europeo delineatosi</i>	52
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

4. L'in house providing	54
-------------------------------	----

4.1 <i>Ultimi orientamenti e possibili sviluppi</i>	62
-----------------------------------------------------------	----

5. Conclusioni.....	67
---------------------	----

CAPITOLO II

Il modello sostanziale di delegificazione: potere regolamentare e sindacato costituzionale in merito al riparto di competenze stato – regioni in “materia” di servizi pubblici locali. 70

Premessa	70
1. Principio di legalità e delegificazione nella tentata riforma dei servizi pubblici locali	74
1.2. L' Art. 17 comma 2 e l'adesione al principio di legalità	78
1.3. L'ampiezza e la portata del principio.	80
2. Norme generali o principi direttivi?.....	85
2.1. Le norme generali della materia	86
2.2. E la materia delle norme generali... ..	90
2.3. E il giudice amministrativo in sede consultiva?	94
3. L'abrogazione delle norme previgenti	96
4. Il percorso di avvicinamento alla situazione attuale.....	99
5. I servizi pubblici locali tra competenze statali ed interpretazioni della Corte Costituzionale.	104
6. La nozione di concorrenza nei servizi pubblici locali a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 325 del 2010	121
7. Conclusioni.....	128

CAPITOLO III

La giustiziabilità dei regolamenti delegati.....133

1. Premessa : Sulla necessità di un ricorso alla delegificazione.	133
2. Aspetti generali della giustiziabilità e il principio di legalità sostanziale.	138
3. Il Giudice delle Leggi e il sindacato regolamentare.....	145
3.1. Il diritto vivente di origine regolamentare e le sue derivazioni	147

3.2. <i>Un seconda via all'ingresso del sindacato indiretto sul regolamento?</i>	150
3.3. <i>La legificazione</i>	151
4. Il sindacato regolamentare del giudice amministrativo.	153
4.1 <i>Le difficoltà connesse alla natura stessa dell'atto fonte</i>	158
4.2. <i>Un importante punto di svolta: la disapplicazione del regolamento.</i>	159
4.3 <i>La difficoltà a ricorrere alla disapplicazione per risolvere un'antinomia tra fonti ricorrendo al confronto con la sola legge formalmente intesa.</i>	164
4.5. <i>Il noto cambio di prospettiva nel sindacato provvedimentale.</i>	165
4.6. <i>E quella meno scontato e più recente sul sindacato regolamentare.</i>	168
5. Conclusioni.....	171

CAPITOLO IV

L'inquadramento dei servizi pubblici locali alla luce delle recenti vicende, tra cambi di rotta e possibili evoluzioni future.....174

Premessa	174
1. La riforma del 2008: l'art. 23 - bis del decreto n. 112 e successive modificazioni.....	174
2. I servizi pubblici locali dopo il referendum: L'art. 4 d.l. 138/2011 come convertito in L. 148/2011 e successive modifiche.	179
3. Primi tentativi di regolazione	182
4. La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità dell'ultima riforma..	187
5. Perché la concorrenza per il mercato di cui all'art. 23 bis e la concorrenza nel mercato prevista all'art. 4 non possono avere in comune la medesima ratio ispiratrice.	192
5.1 <i>La ratio dell' art. 23 – bis...</i>	196
5.2 <i>..e la ratio dell'art. 4.</i>	198
5.3. <i>Gli ambiti territoriali ottimali nelle due discipline</i>	199
5.4 <i>Il ruolo dell' Autorità garante per la concorrenza e il mercato</i>	200
6. Conclusioni.....	204

7. Cosa resta dopo la sentenza Corte Cost. n. 199 del 2012.....	206
7.1. <i>Alcuni effetti della pronuncia</i>	209
7.2 <i>Ulteriori considerazioni sugli Ambiti territoriali ottimali (ATO) a seguito della sentenza</i>	211
7.3 <i>La questione del patto di stabilità</i>	213
8. Un errore da non ripetere: l'astratta antinomia tra la delegificazione e la tutela concorrenza.	217
9. Sulla possibilità del ricorso a nuove forme di mediazioni degli interessi riguardo alla scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione	223
 Conclusioni	 235
 BIBLIOGRAFIA	 243

Introduzione

Il regime dei servizi pubblici locali ha sempre posto numerosi interrogativi, quasi tutti incentrati sulla dialettica tra l'assunzione della decisione politica e la previsione della gestione diretta dell'ente da una parte e il mercato dall'altra.

Regime, o meglio successione di discipline prive di una vera strategia organica, che ha ulteriormente risentito della crisi del regime tradizionale dei servizi pubblici in generale.

L'instabilità che caratterizzava la materia non sembra aver trovato un assestamento, nonostante l'azione sinergica dei processi di privatizzazione e liberalizzazione di numerosi ambiti all'inizio degli anni '90 del secolo trascorso.

Nell'ultimo decennio l'intero settore, anche grazie all'ordinamento europeo, seppur ancora dotato di forte frammentazione, sembrava aver raggiunto una certa stabilità, un "instabile equilibrio"¹ dovuto prevalentemente ad un'inerzia del legislatore, che però sembrava essere riuscito ad imprimere un primo mutamento di rotta nelle recenti riforme contraddistinte per la decisa apertura al mercato.

Le vicende che continuano a connotare questo ramo del diritto amministrativo non sembrano tuttavia trovare un punto di approdo.

Quando il Giudice delle Leggi, sembrava aver definitivamente chiuso un capitolo incentrato su un contenzioso ininterrotto che ha coinvolto Stato e Regioni² quanto all'attribuzione della competenza a disciplinare determinati aspetti della materia, una consultazione referendaria conduceva all'abrogazione dell'intera disciplina novellata³.

¹ Con evidente parafrasi della fortunata definizione fornita da F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990

² Per una ricostruzione del contenzioso che ha riguardato Stato e Regioni v. *infra* cap. II, par. 6

³ Il referendum n. 1 svoltosi nelle date del 12-13 giugno 2011 ha sancito l'abrogazione dell'art. 23 - bis di cui al d.l. 112/2008, convertito nella L. 133/2008,

Stante l'impossibile reviviscenza anche della disciplina previgente la norma abrogata, le maggiori attenzioni si sono concentrate sul tentativo di comprendere quali fossero le norme cui fare preciso riferimento⁴.

Venuta meno la possibilità di una seppur timida apertura al mercato, restava da interrogarsi circa il percorso che doveva tenere a mente il Legislatore nell'adottare la successiva disciplina. Particolare importanza rivestiva infatti l'ampiezza che avrebbe assunto il vincolo derivante dall'esito referendario.

Problematiche che interessavano necessariamente la presunta plusvalenza della democrazia diretta nei confronti di quella rappresentativa, nonché l'esigenza che gli intendimenti di un corpo elettorale non potessero risultare frustrate, quantomeno in assenza di determinate condizioni.

L'interrogativo troverà comunque risposta nell'analisi della disciplina recentemente emanata per mezzo del d.l. n. 138 del 2011, come convertito in legge, cui seguirà a breve distanza una pronuncia della Corte Costituzionale che condurrà all'abrogazione anche di

come modificato dal d.l. 135/2009, poi convertito in L. 166/2009. Ne consegue inoltre che anche il regolamento delegato n. 168/2010 viene travolto dalla abrogazione della fonte primaria. Prima di tale referendum, successivamente alla sentenza Corte Cost. n. 325 del 2010 se altre insidie dovevano giungere, sarebbero piuttosto arrivate da singole impugnazioni che avrebbero eventualmente posto in discussione il procedimento di delegificazione e il conseguente regolamento.

⁴ La Corte Costituzionale tuttavia, con la sentenza n. 24 del 2011, a proposito dell'ammissibilità del quesito referendario, ha precisato che, l'individuazione di una normativa di risulta è necessaria al fine di determinare se, dall'abrogazione non discendano vuoti normativi suscettibili di determinare adempimenti di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o comunque direttamente imposti dalla Costituzione. Nel caso in questione, esclusa la reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23 bis, ne conseguirebbe all'interno del nostro ordinamento l'applicazione immediata della normativa comunitaria, relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica. L'impostazione adottata dalla Corte risulta tuttavia coerente, dato che nella precedente pronuncia n. 325/2010 aveva precisato come la normativa interna adottata non risultasse necessitata alla luce dell'ordinamento comunitario. Di conseguenza, in presenza di un'abrogazione dell'art. 23 bis non si viene a creare alcun vuoto normativo tale da rendere inammissibile il quesito referendario.

quest'ultima⁵.

Prescindendo parzialmente dall'esito che ha riguardato le riforme dell'ultimo lustro, si è scelto di concentrare allora l'attenzione sugli aspetti più significativi che hanno interessato tali interventi normativi.

La comprensione dell'intero quadro, i punti critici evidenziati, la normativa attualmente applicabile e possibili ipotesi circa gli sviluppi futuri sono tuttavia precedute da una breve richiamo alle teorie dottrinali e alle evoluzioni dell'ordinamento interno e comunitario susseguitesi nelle ultime decadi.

La ricostruzione di tale aspetti non costituisce oggetto principale della presente trattazione ed è pertanto affrontata nel tentativo di fornire un quadro chiaro, ma senza alcuna pretesa di esaustività e completezza. Parimenti, essa si rende tuttavia necessaria al fine di sottolineare le ragioni che rendono il regime servizi pubblici locali dotato di tratti caratteristici propri, quando non esclusivi.

L'accentuata particolarità di questi ultimi li rende infatti non interamente riconducibili al modello rappresentato dai servizi di pubblica utilità cd. nazionali e di conseguenza anche ai servizi di interesse economico generale, secondo la nozione formatasi nell'interpretazione dei Trattati dell'Unione.

A tale particolare impostazione consegue che in ordine ai servizi pubblici locali, non sia mai stata adottata una posizione netta nell'alternativa tra autoproduzione e esternalizzazione. L'Unione europea ha infatti concesso, seppur riservandosi spazi di intervento, che fossero i singoli Stati membri a stabilire l'estensione dell'autonomia organizzativa degli enti locali.

Evidenziare quest'ultimo dato, consente allora di cogliere i motivi per i quali le recenti discipline, e in particolare l'ultima, rappresentassero un tentativo di sciogliere una volta per tutte uno dei

⁵ E che interesserà in particolare proprio il rapporto tra volontà del corpo elettorale e la ratio della disciplina abrogata. Cfr. *infra* cap. IV, par. 4 ss.

nodi principali che da sempre hanno interessato il settore.

A seguire la breve ricostruzione inerente l'evoluzione storico normativa dei servizi pubblici locali, l'attenzione è stata quindi focalizzata sulla riforma introdotta con l'art. 23 – bis di cui al d.l. 112 del 2008 e successive modificazioni, per svolgere un'indagine⁶ in riferimento allo strumento prescelto per la realizzazione delle finalità contenute nella legge primaria: un regolamento delegato⁷.

Ripercorse poi le tappe che condurranno alla successiva normativa introdotta per mezzo del d.l. n. 138 del 2011, si evidenziano gli elementi che rendono tale disciplina segnare un momento di svolta nell'esperienza delle (poche) evoluzioni e (molte) involuzioni intervallatesi.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012, nel disporre l'abrogazione della più rilevante parte della disciplina citata, comporterà tuttavia un necessario rinvio al diritto comunitario e una conseguente analisi delle norme residue attualmente applicabili.

La conseguente assenza di un organico quadro di diritto interno, unita alla constatazione che di fatto l'attuale situazione non differisce di molto da quella prevista dall'abrogato art. 113, comma 5, T.U. n. 267 del 2000⁸, tratteggia un orizzonte estremamente mutevole che difficilmente troverà definizione nel breve periodo⁹.

⁶ Per un inquadramento completo della riforma si rinvia a : R. VILLATA (a cura di), *“La riforma dei servizi pubblici locali”*, Ed. Giappichelli, 2011; C. DE VINCENTI – A. VIGNERI, *“I servizi pubblici locali tra riforma e referendum”*, ed. Maggioli, 2011 F. DONATI – E.B. LIBERATI (a cura di), AA.VV. *“La regolazione dei servizi di interesse economico generale”*, in *Quaderni Cesifin* n. 44 del 2010

⁷ Procedimento descritto nell'art. 17, comma 2, l. 400/88 : *“Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari”*

⁸ Sulla quale cfr. *infra* par. 2.1.

⁹ Pare difficile ipotizzare che il legislatore possa mettere mano ad un'altra disciplina prima che sia terminata la legislatura. Cfr. *infra* cap. IV, par. 4 ss.

Infine, in attesa di assistere a quelli che saranno i successivi sviluppi che interesseranno i servizi pubblici locali, preso atto che la situazione attuale è ben distante dall'assumere quella parvenza di stabilità da molti auspicata e sottolineati quegli aspetti delle ultime discipline che meritano di essere preservati, si tenterà di operare una solo tratteggiato ragionamento che possa tornare utile nello stabilire un bilanciamento e contemporaneamente garantire una convivenza tra le forme di autoproduzione ed esternalizzazione.

Da sempre elemento critico attinente qualunque riflessione riguardante le forme di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali, si cercherà di fornire un breve ragionamento che contempli l'interpretazione dei due concetti citati non più nel senso di un loro necessario antagonismo attraverso il quale decidere *ex ante* quale debba prevalere, quanto piuttosto nell'ottica di una complementarietà da realizzare secondo formule di cooperazione tra soggetti istituzionali che siano parzialmente difformi da quelle che tradizionalmente intervengono nei processi di consultazione dei normali *iter* legislativi che interessano anche gli enti territoriali minori.

CAPITOLO PRIMO

I servizi pubblici locali tra cenni ricostruttivi della nozione ed evoluzioni legislative.

Premessa

Una qualunque analisi del settore non può prescindere dalla considerazione dei dibattiti dottrinari e degli sviluppi normativi che si sono incessantemente avvicendati per oltre un secolo.

Tali aspetti, pur non costituendo oggetto principale della trattazione, rappresentano un dato essenziale alla comprensione del quadro che oggi, perennemente in evoluzione, si presenta a un qualunque interprete. Prima di considerare le recenti novità e i possibili sviluppi che interessano la materia, occorre pertanto operare una breve ricostruzione delle teorie e degli istituti che hanno contribuito a creare la situazione attuale. Analoga attenzione dovrà essere riservata all'azione svolta dall'ordinamento comunitario, almeno per i profili che hanno inciso profondamente sui consolidati assetti dei servizi pubblici locali.

1. Teoria soggettiva ed oggettiva nell'evoluzione della nozione di servizio pubblico.

Diventata oggetto fondamentale di analisi sul finire del secolo XIX, la nozione che si viene a formare è sintomo di quel cambiamento che vide segnare il passaggio dalla concezione dello Stato liberale a quella dello Stato pluriclasse. Il potere pubblico viene chiamato a soddisfare pubblici interessi proprio a mezzo del pubblico servizio, anche al fine di trovare una sorta di ri - equilibrio a quelle disuguaglianze sociali che caratterizzavano il modello precedente, espressione di un sistema

di produzione capitalistico¹⁰.

I dubbi ermeneutici che caratterizzarono a lungo la nozione, a lungo tra le più tormentate del diritto amministrativo¹¹, vengono in rilievo sol tenendo conto di come i beni e servizi oggetto della prestazione erogata dalla Amministrazione siano diversamente qualificabili rispetto agli stessi presenti sul mercato di provenienza non pubblicistica.

Questa iniziale considerazione comportava che venissero in rilievo due ulteriori aspetti, relativi alla la declinazione dell'elemento della doverosità¹² delle prestazioni rese, collegata anch'essa alla matrice pubblicistica caratterizzante l'erogazione del servizio stesso, parallelamente al sorgere del problema circa la branca del diritto che avrebbe dovuto ricomprendere le regole disciplinanti i pubblici servizi, in origine ricondotti ad attività che esulavano ed esorbitavano il diritto comune¹³.

Storicamente poi, la stessa definizione delle attività riconducibili ad essere qualificate come pubblici servizi è da ritenersi mutevole, in virtù dell'impossibilità di poter definire una volta per tutti cosa si potesse includere all'interno della categoria. Si pensi infatti come la risposta delle pubbliche Amministrazioni e l'erogazione di determinati servizi sia posteriore al momento in cui le esigenze della collettività si manifestano. L'impossibilità di determinare a priori una soluzione omnicomprensiva ha trovato espressione nella perdurante incapacità del legislatore di definire una i moduli organizzativi necessari ad assicurare e soddisfare i bisogni della collettività.

Contemporaneamente, la teorizzata coincidenza tra titolarità e

¹⁰ *Ex multis*, cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

¹¹ In tal senso su tutti M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 69 ss.

¹² *Ex pluris*, A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, n. 4/1994,

¹³ L'idea di una specialità del diritto e delle attività che avrebbero giustificato le deroghe al diritto comune è riconducibile alle teorie dottrinarie francesi. Per un quadro ricostruttivo si rinvia a G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 62 ss.

gestione del servizio collideva con la circostanza secondo la quale, nei fatti i servizi oggi definibili di interesse generale venivano forniti dai privati titolari di concessioni.

In questo senso si può allora cogliere come si sviluppi anche il dibattito sorto in merito al contrasto tra concezione soggettiva e oggettiva del pubblico servizio.

Era già nota alla pionieristica dottrina francese, che riteneva il servizio pubblico la vera e propria pietra angolare del diritto amministrativo¹⁴, come il principale compito della Amministrazione fosse quello di soddisfare i bisogni dei cittadini.¹⁵

Un diritto che non fosse quello comune si rendeva perciò mezzo di espressione della volontà riconducibile alla pubblica Amministrazione di soddisfare i bisogni emergenti dalla comunità di riferimento. Proprio però l'esistenza di imprese eroganti servizi di interesse generale, assieme a situazioni nelle quali i rapporti di utenza erano in realtà regolati dal diritto comune¹⁶, tradiva i limiti interpretativi di una ricostruzione teorica che non trovava oramai integrale riscontro nella più eterogenea realtà sociale.

È in questo contesto di riferimento che nascono anche nel nostro paese le prime elaborazioni teoriche del pubblico servizio, declinate secondo una ricostruzione in senso soggettivo.

Un contributo in tal senso è sicuramente attribuibile *in primis* all'opera di Orlando, il quale nel fornire la distinzione tra attività giuridica e attività sociale¹⁷, ricomprende all'interno della prima le

¹⁴ D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 7 ss.

¹⁵ Cfr. G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2001, e di rimando a L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Parigi, 1913; G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Parigi, 1930

¹⁶ Il limite alla teoria soggettiva fu in seguito rielaborato, dando vita a una nuova interpretazione del "pubblico servizio". Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001

¹⁷ V. E. ORLANDO (diretto da) *Primo trattato completo di diritto amministrativo*

funzioni tradizionalmente riconducibili alla Pubblica Amministrazione.

L'A. sottolinea come il servizio pubblico non rappresenti una figura giuridica vera e propria poiché, non presupponendo essa l'esercizio di alcun potere, non è inquadrabile nella branca giuspubblicistica. Mancano pertanto l'esercizio di funzioni autoritative, il servizio pubblico rientra in quelle attribuzioni statali, che pur fornendo risposta ai bisogni della collettività sono collocabili tra le attività sociali, all'interno delle quali sono presenti prestazioni di vario genere, tra loro accomunate soltanto dalla natura del soggetto erogatore e dai fini sociali cui l'attività svolta tende.

L'assenza di sistematicità della nozione, unita ad una concezione di "giuridicità" intesa strumentalmente rispetto alla produzione degli effetti finali, è ravvisabile anche nell'opera del De Valles¹⁸. La costruzione adombrata sembrava quindi definire in senso escludente ciò che fosse possibile ritenere pubblico servizio. Tutte le attività che non fossero espressione di una posizione di supremazia da parte dell'organizzazione pubblicistica erano teoricamente definibili come servizio pubblico. L'A. tuttavia ha avuto l'indubbio merito di esulare dalla mera portata descrittiva delle varie interpretazioni per aver elaborato una teoria soggettiva che rinveniva nell'aspetto teleologico dell'espletamento di una data attività il punto dirimente valido a identificare quei casi in cui si sarebbero rinvenuti i tratti caratterizzanti la nozione considerata. Non a caso come servizi pubblici in senso proprio venivano individuati soltanto quelli che venivano erogati dallo Stato. Attività di pubblico interesse, seppure gestite da privati, sarebbero state pertanto qualificate come servizi pubblici *impropri*.

Se dunque da una parte viene sciolto in nodo in merito alla incompatibilità tra un'attività gestita da privati e perseguimento di un

italiano, Milano, 1900, 58 ss.

¹⁸ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. VI, Milano, 1930

interesse generale, dall'altro non si può sottolineare come da un punto di vista più strettamente pratico, i criteri qualificanti il servizio pubblico restavano in gran parte descrittivi. L'elaborazione teorica spostava, senza giungere a soluzione, i termini del problema rendendo pertanto necessario comprendere cosa andasse tuttavia incluso tra le attività sociali della Pubblica Amministrazione e soprattutto le modalità concrete attraverso le quali potesse essere esercitata la volontà pubblica.

Il problema trova infatti riscontro anche nel dato normativo : si pensi alle difficoltà di pervenire anche solo a una ricognizione esaustiva dei servizi contenuta nella cd. Legge Montemartini n. 103 del 1903, ove le pretese definitorie cedono il posto ad elencazioni aventi carattere esemplificativo¹⁹ oppure si guardi ai tentativi, mai sopiti fino all'approvazione della legge n. 86 del 1990, di ricavare una nozione di pubblico servizio contrapposta a quella di pubblica funzione utilizzando le definizioni tautologiche accolte nel Codice Penale degli anni '30²⁰.

La coincidenza della nozione con l'erogazione pubblicistica della prestazione, cominciò tuttavia a manifestare il proprio anacronismo non appena la Carta Costituzionale precisò come anche i cittadini potessero concorrere al perseguimento del pubblico interesse.

Se pertanto la realizzazione dello stesso non era più esclusiva dello Stato, restava evidente come ad uscirne indebolito era proprio l'elemento fondante della teoria soggettiva, che ravvisava nella provenienza pubblica dell'erogazione del servizio l'aspetto che principalmente concorreva a definire quest'ultimo. Questa consapevolezza ha portato a proporre soluzioni ricostruttive che si discostavano dall'originale teoria soggettiva.

¹⁹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende* in Riv. Amm., 1953,

²⁰ Per una ricostruzione completa dei dibattiti sorti circa l'art. 358 c.p. si consenta il rinvio all'esaustiva trattazione contenuta in F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit.

Merita allora di essere ricordata la teoria proposta da Nigro²¹, che attraverso il richiamo ai cd. *ordinamenti sezionali*, identificava una categoria entro la quale collocare il servizio pubblico. Secondo l'Autore la presenza di una moltitudine di soggetti, che all'interno dello stesso ambito, scelgono di svolgere le stesse attività perseguendo il raggiungimento della medesima finalità andrebbe a definire proprio la nozione di servizio pubblico.

Per una riflessione esaustiva ed organica di una nuova teoria del servizio pubblico, bisognerà tuttavia attendere l'elaborazione contenuta negli studi di Pototschnig²². Quest'ultimo, nell'analisi delle disposizioni della Costituzione relative alla libera iniziativa economica (art. 41), o all'esproprio di imprese che esercitino servizi pubblici essenziali (art. 43) giunge a teorizzare il superamento della distinzione tra attività giuridica ed attività sociale. Se infatti la Carta prevede che la legge determini i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività, anche pubblica, possa essere indirizzata a fini sociali, ne consegue che la Pubblica Amministrazione è tenuta ad espletare doverosamente anche le attività sociali e che per questo stesso motivo alle ultime non si può non riconoscere una quella connotazione giuridica che le teorie soggettiviste avevano negato. Parallelamente, le disposizioni esaminate, evidenziavano, tra l'altro, come vi fosse la possibilità di "*trasferire allo Stato[..]determinate imprese che si riferissero ai servizi pubblici essenziali*".

L'art. 43 Cost. rende chiaro all'A. come allora il servizio pubblico può essere tale anche qualora non sia erogato dallo Stato, dato che lo stesso può essere fornito anche da soggetti privati, a prescindere che essi lo svolgano in monopolio, oppure forniscano prestazioni aventi interesse generale nell'ambito di quei programmi e controlli previsti all'art. 41, comma 3, Cost.

²¹ M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957

²² U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964

Tra i tanti punti deboli presentati dalla teoria soggettivista, vi era però il pregio di presentare soluzioni definitorie di semplice portata. Diversamente la concezione oggettiva ampliava il rischio di includere nella nozione di servizio pubblico attività che poco inerissero prestazioni realmente attinenti il soddisfacimento di interessi generali²³.

Ne discende che, nel momento in cui non ogni attività di carattere generale può essere ricompresa nella nozione di servizio pubblico, siano elaborati criteri che permettano di circoscriverne la forza espansiva della ampiezza di questa.

E' proprio in virtù di questo orientamento che si torna a concepire il servizio pubblico secondo una prospettiva di residualità rispetto all'esercizio della funzione autoritativa. Tutto ciò che è attività di interesse generale, ma non presuppone l'esercizio di un potere può essere inquadrabile come servizio pubblico²⁴.

1.2. I pubblici servizi come attività soggette a rapporto d'utenza.

Nel decennio successivo autorevole dottrina confermerà le posizioni più sfumate²⁵ volte ad una ricostruzione teorica che non riteneva l'autoritatività caratterizzante l'attività come l'aspetto scriminante nella definizione della nozione di pubblico servizio.

Tuttavia, era già da tempo nota la posizione di chi²⁶ suggeriva come fosse di importanza relativa giungere ad una definizione cristallizzata di pubblico servizio, trattandosi piuttosto di una clausola

²³ Tra i critici della dottrina oggettiva cfr. es., F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973.

²⁴ G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970.

²⁵ E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986

²⁶ F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto*, Vol. XVII, Torino, 1970

generale, valida e mutevole, idonea ad essere utilizzata per dare risposta ai bisogni che la collettività dovesse di volta in volta rappresentare.

Se si tiene in considerazione l'evoluzione delle questioni proposte dalla dimensione comunitaria a partire dagli ultimi due decenni del secolo scorso, ci si può rendere facilmente conto come quest'ultima impostazione dottrinale abbia forse più delle altre saputo cogliere il senso profondo di un concetto che in realtà non può essere inquadrabile come nozione limitata a logiche prettamente definitorie.

Questo approccio elastico permetterà di cogliere nel profondo i cambiamenti che interesseranno il servizio pubblico negli ultimi anni del XX secolo, consentendo altresì una rivisitazione delle costruzioni teoriche nate dall'approccio ermeneutico tradizionale.

Sul finire degli anni '80 matura la consapevolezza di una rilettura dei rapporti tra potere pubblico e libera iniziativa economica dei privati. I precedenti modelli di Stato Sociale, complice l'azione della Comunità Europea, smantellano l'illusione che il pubblico potere possa provvedere *ex ante* ai bisogni della cittadinanza senza politiche redistributive che tengano conto di scelte allocative necessariamente dirette a favorire il confronto tra le libere scelte degli utenti e gli operatori economici²⁷.

L'attività privata, che nel mercato trova luogo di elezione, era ritenuta in grado di provvedere, attraverso l'ausilio del diritto comune, al soddisfacimento dell'interesse generale in precedenza ritenuto assolvibile attraverso strumenti in dotazione alla sfera dell'agire amministrativo²⁸.

La metamorfosi dei servizi pubblici, indotta da privatizzazioni che mutano la natura giuridica dei soggetti erogatore e da liberalizzazioni

²⁷ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 945 ss.

²⁸ In questo senso V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2006, p. 748

che portano in primo piano i rapporti contrattuali tra soggetti a discapito di modelli pubblicistici, determina quindi la soggezione di questi ultimi ad un rapporto di utenza²⁹, dove la fornitura del servizio è determinata dall'incontro tra domanda e offerta espressa nel mercato e non più predeterminata in sede pubblicistica. Pur non mancando dottrina autorevole³⁰ che, con la complicità di normative confuse, rivisiterà la nozione di pubblico servizio, conferendole un'impronta chiaramente ispirata al valore originario della *finalizzazione sociale*, il servizio pubblico diventa così qualificabile come attività commerciale privata, comunque soggetta obblighi e regole speciali, dirette a garantire il funzionamento del mercato nelle sue espressioni di libertà di scelta, correttezza degli scambi e accesso diffuso alle prestazioni³¹.

Le trasformazioni che hanno riguardato i servizi di interesse economico generale non possono che confermare come tale orientamento abbia perfettamente colto i mutamenti che erano in atto. Una semplice presa d'atto del quadro generale evidenzia tuttavia come i servizi pubblici locali siano rimasti estranei anche a questa linea evolutiva.

1.3. La reale configurabilità di una nozione di servizio pubblico "locale"

Come la nozione di servizio pubblico abbia trovato accoglimento nelle

²⁹ F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit; Affermazione riscontrabile per certi aspetti anche in G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 867 ss.

³⁰ Cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, ed. Cedam 2001, p. 175 ss, nella quale l'autore intravede. Nell'inquadrare il rapporto di utenza come finalizzato alla costruzione della teoria del servizio pubblico, l'A. nell'interesse dell'utente dei servizi pubblici un diritto costituzionalmente garantito, confermato anche dal generale diritto di accesso ai servizi di cui all'art. 36 Carta diritti fondamentali dell'Unione europea.

³¹ In questo senso G. NAPOLITANO, *I rapporti di utenza tra teoria del servizio pubblico e pratica della regolazione*, in A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, ed. Plus, 2004

normative sugli enti locali degli ultimi decenni è un aspetto che non può essere limitato alla sola analisi della connotazioni definitorie assunte a livello interno, necessitando di un coordinamento con le impostazioni adottate a livello comunitario. Per ciò che nello specifico attiene l'aspetto definitorio, è da rilevare come quest'ultimo non aiuti tuttavia a fornire spunti ricostruttivi della nozione se non per il rinvio ad altre statuizioni dalle quali si ricava come i SPL acquistino rilevanza per l'impostazione europea solo a particolari condizioni, in quanto rappresentino una delle possibili forme di declinazione dei servizi di interesse economico generale³²

L'art. 112, comma 1, D.lgs. n. 267 del 2000, rimasto indenne a seguito degli ultimi interventi, nel richiamare il contenuto dell'art. 22 di cui alla L. n. 142 del 1990³³, fornisce una definizione che si caratterizza per la capacità di delineare un inquadramento teorico di natura teleologica, pressoché immune a interpretazioni e riforme che interessino esclusivamente le forme di gestione dei servizi considerati, in quanto l'oggetto della norma è indirettamente ricavabile dallo scopo in essa perseguito. Di contro, ciò significava che non era possibile identificare univocamente la nozione di servizio pubblico locale³⁴, e che anzi tale ambiguità, che avrebbe trovato poi riflesso anche in profili funzionali ed organizzativi, altro non era che la presa d'atto dell'impossibilità di risolvere la vicenda riguardante i tratti esclusivi e peculiari che avrebbe dovuto assumere la nozione stessa.

³² Aspetto al quale sono in parte dedicati i prossimi paragrafi, cfr. *infra* par. 3 ss.

³³ *“Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*

³⁴ I commenti in tal senso inerenti la struttura della norma e il significato da essa ricavabile sono infatti deducibili sia dagli interventi dottrinali circa l'art. 22 che all'art. 112. Si veda in proposito: G. CAIA, *Art. 22-23, legge 8 giugno 1990, n. 142*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, art. 128, *Supplemento*, Zanichelli, 1996; A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Pubblico – Privato: I pubblici servizi. Quaderni del pluralismo*, Torino, 1998; G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico – privati*, cit.

Per questa ragione, i contrasti sorti attorno la natura oggettiva o soggettiva del pubblico servizio, hanno trovato una loro riproposizione anche in ambito locale³⁵. Ad oggi si può tuttavia essere in grado di affermare, similmente ad un importante Autore, come in realtà l'aspetto legato all'assunzione della titolarità e il tipo di attività svolta, contribuiscano entrambi a definire la nozione, in un senso di reciproca interdipendenza³⁶.

In ogni caso, poiché si tratta di dar luogo ad attività che all'interno dell'ordinamento nazionale sono già accolte come rientranti nella nozione di servizio pubblico, l'esercizio di individuare una nozione di servizio pubblico locale slegata da un'indagine circa il contesto territoriale di riferimento cui ricondurla, si rivela oggi di dubbia utilità.

Se quindi, nella dimensione nazionale, la scelta dell'Amministrazione di qualificare l'attività come pubblico servizio appare un elemento, a parere dello scrivente, imprescindibile, a livello locale, la centralità della scelta dell'ente locale deve confrontarsi con la valorizzazione delle ulteriori specificità dell'ambito territoriale entro il quale il servizio viene erogato³⁷.

³⁵ Il dibattito è sorto già a partire dalla norma di cui all'art. 22 della l. 142 del 1990; a tal proposito per una visione in senso soggettivo, cfr. fra gli altri cfr. G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, pur ammettendo come nel nostro ordinamento coesistano sia la nozione soggettiva che quella oggettiva; M. CAMMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, 1999; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di pubblici servizi e di riparto di giurisdizione*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 3/2001. Per questi autori nell'identificare e distinguere le attività gestibili dall'ente locale non si poteva prescindere dall'atto di assunzione di titolarità che identificasse un servizio come pubblico e dell'obbligo normativamente stabilito di ricorrere alle forme di gestione tipizzate ai fini dell'erogazione di questo. Per una lettura in senso oggettivo, volto quindi a sostanzarsi nell'attività svolta, secondo un'interpretazione aderente a quella propria della nozione di servizio pubblico, non soltanto locale, cfr. *ex multis* A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995; F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996.

³⁶ A. POLICE, in *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *I servizi pubblici locali*, S. MANGIAMELI (a cura di), Torino, 2008

³⁷ Su tale questione si tenterà di apportare un contributo nel Cap.IV, par. 9

Al contempo tuttavia, pur essendo vero che il momento dell'assunzione del servizio non incide sulla discrezionalità dell'ente quanto ai profili organizzativi legati alle forme di gestione, c'è da osservare come esistano pur sempre servizi pubblici locali (d'ora in avanti "SPL") individuati dal legislatore, in merito ai quali la predisposizione da parte dell'Ente locale non può esser rimessa alla sua libera scelta.

Questo spiega anche perché la citata norma che oggi ancora fornisce un inquadramento definitorio dei SPL assuma connotati così indefiniti. La giurisprudenza rinviene la ratio di tale scelta legislativa nell'intento di lasciare comunque all'ente la scelta politico amministrativa di assumere il servizio³⁸, rimettendo così al legislatore il compito, solo astrattamente residuale, di provvedere a ipotesi particolari nelle quali tale facoltà è sottratta all'ente e affidata alla fonte primaria. Qualora poi la legge ometta di identificare una data attività come servizio pubblico, saranno i singoli enti ed eventualmente i giudici a stabilire quali attività possano considerarsi servizi pubblici locali, dimostrando perciò la loro idoneità a soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività di riferimento.

2. L'evoluzione normativa (cenni): le municipalizzazioni di inizio '900

Le brevi considerazioni svolte nei paragrafi precedenti sono di ausilio alla stessa comprensione dell'evoluzione normativa del settore. Si eviterà in questa sede l'esegesi approfondita dei singoli istituti, cercando piuttosto di fornire un inquadramento generale strumentale all'intera riflessione.

³⁸ *Ex multis* Cons. St., 13 dicembre 2006, n. 7369

L'assunzione e la gestione dei pubblici servizi in ambito locale è una tematica discussa a partire dalla stagione giolittiana di inizio '900, momento nel quale fu introdotto il modello della cd. *municipalizzazione* attraverso la nota legge 29 marzo 1903, n. 103 e successive modifiche, che, seppur con diverse integrazioni di seguito menzionate, ha costituito il testo normativo di riferimento fino all'inizio degli anni '90 del secolo scorso³⁹.

Il fenomeno della municipalizzazione interpretava una nuova esigenza di soddisfare bisogni collettivi attraverso forme di manifestazione dell'autonomia comunale e contemporanee attività di gestione dei servizi che fossero sottratte all'economia di mercato, ovvero al cd. *monopolio dei privati*⁴⁰.

La disciplina elencava i servizi che potevano essere assunti dai comuni in via diretta, e si caratterizzava per il fatto di non individuare una nozione di servizio pubblico. Quanto al primo aspetto, l'elencazione⁴¹ era considerata esemplificativa, pertanto

³⁹ La legge è stata in realtà dapprima integrata da un regolamento approvato con R.D. 10 marzo 1904, n. 108, poi sottoposta a speciale riforma attuata con R.D. 4 febbraio 1923, n. 253 e riprodotta infine nell'ambito del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578

⁴⁰ La ricostruzione del fenomeno del cd. socialismo municipale è stata analizzata approfonditamente dalla dottrina nostrana, con riferimenti ancor più risalenti della L. 103/1903. Cfr. *ex multis*, U. BORSI, *Le funzioni del comune italiano* in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, II, Milano, 1915, 270 ss.; M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende* in *Riv. Amm.*, 1953, 611 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 166 ss.; Per indagini odierne volte a cogliere un nesso con la situazione recente cfr. *ex multis*, F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione d'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p.535 ss.

⁴¹ art. 1 "I Comuni possono assumere nei modi stabiliti dal presente testo unico, l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: 1) costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; 2) impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; 3) costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; 4) costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; 5) costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; 6) impianto ed esercizio di farmacie; 7) nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; 8) trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; 9) costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; 10) costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; 11) costruzione ed

l'individuazione delle attività era una fattispecie aperta, non tipizzata dal legislatore. Si può tra l'altro notare come all'interno della casistica considerata, salvo oramai anacronistici casi, rientrassero sia servizi che oggi definiremmo *cd. a rete*, che quelli *cd. innominati*.

Una così ampia ed aperta elencazione, unita ad un'idea del servizio come attività gestita dal pubblico a seguito di specifico atto di assunzione, con casi dove erano previsti anche diritti di privativa, giustifica in qualche modo le citate interpretazioni in senso soggettivo di servizio pubblico che riscuoteranno maggior consenso nella prima parte del XX secolo.

Il modello, volto a sollecitare la presenza e lo sviluppo di moduli imprenditoriali all'interno dell'organizzazione dell'amministrazione per scoraggiare e limitare gli effetti negativi derivanti dai monopoli privati aveva quindi lo scopo dichiarato di favorire l'inserimento dell'elemento aziendalista all'interno della stessa organizzazione pubblicistica.

Il percorso evolutivo successivo ha condotto al progressivo allentamento dei legami di organicità tra l'azienda e l'ente locale, nell'ottica dell'affermazione di condotte – non spontanee – sempre più ispirate a logiche imprenditoriali. Il modello delineato, con qualche eccezione, non ha subito stravolgimenti almeno fino al 1990, data in cui prenderà corpo il primo vero intervento organico nel settore dei servizi pubblici locali successivamente alla riforma di inizio del secolo scorso. Il quadro precedente tale ultimo intervento è stato oggetto di così numerose e profonde riflessioni da poterci permettere

esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; 12) costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; 13) fabbrica e vendita del ghiaccio; 14) costruzione ed esercizio di asili notturni; 15) impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; 16) produzione distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; 17) pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; 18) essiccatoi di granturco e relativi depositi; 19) stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere

di farvi diretto rinvio⁴², ricordando tuttavia come è proprio in tale momento storico che si è sviluppato il citato dibattito intorno alla configurazione in senso oggettivo o soggettivo della nozione di servizio pubblico⁴³.

2.1 Gli interventi degli anni '90 e le tentate riforme di inizio secolo.

La riforma di cui alla legge 8 giugno 1990, n. 142, recante il nuovo ordinamento delle autonomie locali, si caratterizza *in primis*, per il venir meno della tecnica dell'elencazione dei servizi pubblici locali, sostituita dalla enunciazione definitoria contenuta nell'art. 22, comma 1⁴⁴, e polarizzata da requisiti di natura tanto oggettiva, quanto soggettiva⁴⁵.

L'assetto delle forme di gestione muta, poiché accanto alla gestione diretta e alla concessione a terzi viene introdotta la gestione a mezzo di azienda speciale⁴⁶, un ente strumentale⁴⁷ delle amministrazioni locali che sostituisce l'azienda municipalizzata, l'istituzione per servizi privi di rilevanza imprenditoriale e società di capitali a prevalente partecipazione pubblica locale. L'entificazione delle aziende municipalizzate avrebbe potuto astrattamente condurre, se non

⁴² Cfr. *ex multis*, in aggiunta ai testi già citati nella parte dedicata ai dibattiti dottrinali M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione*, cit.; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit., G.F. FERRARI, *Aspetti e problemi istituzionali*, in G. BOGNETTI – I. MAGNANI (a cura di), *I servizi pubblici locali tra equità ed efficienza*, Milano, Ed. Angeli, 1989

⁴³ Cfr. *retro par.* 1

⁴⁴ La quale recita: "I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"

⁴⁵ Cfr. per un'analisi approfondita rinvia G. CAIA, *Artt. 22 e 23*, cit.

⁴⁶ La nuova modalità organizzativa di gestione del servizio è dotata di personalità giuridica, elemento che la rende di fatto un ente pubblico economico (come confermato più volte da Cass. nn. 10968/2001, 180015/02 14101/2006), accentuandone l'autonomia organizzativa e la vocazione imprenditoriale.

⁴⁷ Sulla natura di ente strumentale e non di pubblica amministrazione cfr. da ultimo Cons. St. n. 641 del 2012

all'introduzione di forme concorrenziali, quantomeno a prevedere l'acquisizione di risorse e finanziamenti da parte dei privati, ad un regime del personale sganciato da quello del pubblico impiego e all'affrancamento del management da quei vincoli conseguenti lo stretto rapporto con il potere politico⁴⁸.

Proprio a partire da questa data tuttavia, le tensioni che accompagnavano l'intera teoria del servizio pubblico non riuscirono ad essere più assorbite dal dibattito dottrinario e dagli interventi giurisprudenziali. Gli equilibri tra ordinamento interno ed europeo, tra pubblico e privato, cominciarono a richiedere interventi normativi sempre più frequenti ed instabili.

Le spinte imprenditoriali auspiccate in realtà non si presentarono. La causa di tale effetto però non era rappresentata solo dall'assenza di un mercato, ma anche da un'azione disordinata e confusa dello stesso legislatore, volto a introdurre con sempre maggiore frequenza nuove forme di governo e gestione pubblica⁴⁹.

Proprio la figura stessa dell'azienda speciale, figura centrale della riforma almeno nelle intenzioni originarie, fu indirettamente l'oggetto di quasi tutti gli interventi normativi che si svolsero negli anni seguenti e che condussero di fatto a un progressivo svuotamento della stessa.

Dapprima infatti, attraverso la legge n. 498 del 1992 Comuni e Province vengono facoltizzati ad istituire società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria ai fini della gestione di servizi

⁴⁸ Per un'analisi in senso anche economico dedicata a questi aspetti e orientata a comprendere le problematiche sottese alle gestioni cd. politiche rispetto a quelle ispirate a criteri di economicità cfr. L. ANSELMi, *L'azienda comune dopo la L. 142/90*, ed. Maggioli, 1993

⁴⁹ Per una completa ricostruzione dei problemi che interessarono il settore per più di un decennio cfr. *ex multis*, M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 6 ss.; R. CAVALLI PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; G. ROSSI, *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997;

pubblici locali, seppur con l'obbligo del ricorso alla gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato. Successivamente, a mezzo della legge n. 95 del 1995 viene specificato come le stesse società potessero dotarsi di una partecipazione pubblica anche minoritaria, seppur con alcuni vincoli previsti dal regolamento delegato n. 533 del 1996.

Contemporaneamente nascono, a mezzo della L. 481 del 1995 le prime Autorità di regolazione, con indiretti effetti sull'esperienza dei servizi pubblici locali. La visione proposta dalle neonate Autorità indipendenti sarà infatti portatrice di una concezione che trasmigra dal monopolio pubblico, a garanzia della tutela di fini sociali e a favore della contemporanea presenza di operatori pubblici e privati sul mercato: la regolazione è un embrione e l'istituzione delle autorità precederà di poco i primi interventi di liberalizzazione dei settori su scala nazionale. Spetterà alle previsioni di cui alla L. 127 del 1997, sovvertire nei fatti lo schema previsto alla legge 142, circa le forme alternative di gestione dei servizi pubblici locali.

Non è solo la fine dell'azienda speciale, per la quale è prevista la trasformazione in società per azioni. La previsione non costituiva in sé un obbligo, ma erano previsti forti incentivi di natura fiscale, volti di fatto a realizzare il medesimo effetto. Si pone così fine al regime previsto appena dieci anni prima ed il quadro derivante viene per un breve periodo stratificato nel Testo Unico degli Enti Locali n. 267 del 2000.

Le spinte propulsive dell'ordinamento comunitario e la crisi della finanza pubblica, comportarono poi dei mutamenti che condussero all'adozione di normative settoriali, lasciando che di fatto la disciplina contenuta nel Testo unico delle autonomie, anche quella trasfusa pedissequamente agli artt. 112 e 113 del T.U. n. 267 del 2000, trovasse quasi esclusiva applicazione nei confronti dei servizi cd.

innominati.⁵⁰

Con la legge finanziaria per il 2002⁵¹, preso anche atto della posizione adottata in sede comunitaria⁵², si optò per una decisa apertura del sistema verso le esternalizzazioni come modello generale dei servizi pubblici, attraverso una modifica radicale all'art. 113 T.U., nonché l'introduzione di un nuovo art. 113 – bis, oltre una serie di disposizioni che regolavano il regime transitorio⁵³.

In estrema sintesi i servizi venivano distinti tra servizi a rilevanza industriale, per i quali si disciplinavano eventuali trasformazioni societarie, tentativi embrionali di liberalizzazione e procedure competitive, da quelli che ne erano privi, per i quali veniva confermata la gestione a mezzo di affidamenti diretti ad aziende speciali, istituzioni e società di capitali costituite o anche partecipate dagli enti locali.

La legge, che devolveva poi a un regolamento mai entrato in vigore l'individuazione dei servizi aventi rilevanza industriale, disponeva la separazione della proprietà della rete e la gestione della medesima dalla erogazione del servizio, da affidare invece al mercato. L'affidamento diretto o comunque la gara per la gestione della rete restava possibile solo laddove fosse avvenuta la separazione tra la

⁵⁰ I primi interventi disposti in chiave liberalizzatoria condussero infatti il legislatore ad adottare discipline di settore, che in assenza di una definita preferenza per la disciplina generale, prevalevano sulle disposizioni contenute nella L. 142 del 1990. V. in proposito L. 36 del 1994, in tema di servizio idrico integrato, D.lgs. n. 79 del 1999 in materia di energia elettrica, D.lgs. n. 164 del 2000 per il gas naturale; D.lgs. n. 422 del 1997 in tema di trasporto pubblico locale

⁵¹ In particolare l'art. 35 di cui alla L. 448 del 2001

⁵² Nell'ambito di una procedura di messa in mora per infrazione ex art. 226 Trattato CE, la Commissione europea, con atto 8 novembre 2000, D/108243, ebbe modo di affermare che il sistema delineato dall'art. 22 di cui alla L. 142 del 1990, come poi recepito dall'art. 113 del T.U. di cui al D.lgs. 267 del 2000, risultava in contrasto con la disciplina comunitaria, per via della possibilità concessa agli enti di realizzare affidamenti diretti a soggetti terzi in violazione delle disposizioni del trattato di cui agli artt. 49 ss. e conseguentemente delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici e concessioni di servizi

⁵³ Cfr. *ex multis*, L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della L. n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, n.4/2002;

gestione della rete stessa e l'erogazione del servizio.

La gara, per quei servizi che avrebbero dovuto assumere "rilevanza industriale", diventava quindi l'unica modalità di affidamento del servizio. Scomparevano la concessione a terzi, le gestioni in economia e l'azienda speciale, contemporaneamente introducendo regimi di cessazione anticipata degli affidamenti attribuiti senza procedura competitiva ad evidenza pubblica.⁵⁴

Il positivo influsso dei principi concorrenziali di matrice europea e la relativa presa di coscienza avvenuta con la riforma del titolo V della Costituzione sembravano quindi trovare consacrazione in tale riforma, che per la prima volta, a partire da inizio del XX secolo, dava l'impressione di reagire ad un modello che non aveva prodotto nient'altro che gestioni monopolistiche inefficienti, senza che per questo ne giovasse tantomeno la qualità del servizio reso.

Nel dettaglio tuttavia la riforma presentava una serie di deroghe, in primis riferibili alla durata dei periodi di regime transitorio, tali da vanificare le enunciazioni contenute nella disciplina generale, sì che la Commissione Europea non tardò ad aprire una procedura di costituzione in mora⁵⁵, che condusse ad adottare a distanza di appena un biennio, una nuova riforma ad opera del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326 e della successiva legge 27 dicembre 2003 n. 350⁵⁶.

⁵⁴ L'art. 35, comma 16, rimettendo al regolamento governativo i termini di scadenza o di cessazione anticipata per gli affidamenti non assegnati tramite procedura ad evidenza pubblica aveva comunque individuato un periodo di transizione non superiore a cinque e non inferiore a tre anni

⁵⁵ Atto C(2002)2329 del 26.02.2002

⁵⁶ Per un inquadramento generale cfr. A. VIGNERI, *Servizi e interventi pubblici locali - Commento alla Parte I, Titolo V, d. lgs. 267/2000 (artt. 112-123)*, in L. VANDELLI, *Commenti al Testo Unico sull'ordinamento delle autonomie locali*, Ravenna, 2004; Per quanto riguarda lavori svolti in chiave comparatistica, oppure relative a specifici temi rilevanti o comunque inerenti problematiche che involgono singoli aspetti di particolare rilievo, si segnalano inoltre: M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza

Il nuovo quadro delineato nel Testo Unico degli enti locali si caratterizzava per la previsione di una inderogabilità della disciplina in esso contenuta rispetto da parte delle singole discipline di settore, stabilendo di fatto una prevalenza, alquanto anomala, della disciplina generale sulla disciplina speciale⁵⁷.

Nonostante venisse confermato il criterio della separazione tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio, nonché sottolineata la proprietà pubblica delle reti stesse⁵⁸, il principio dell'affidamento con gara a società di capitali come unica modalità attraverso la quale conferire la gestione veniva affiancato da altre opzioni, rappresentate dall'affidamento con gara alla società mista e dall'affidamento cd. in house.

L'alternativa tuttavia concessa agli enti non era subordinata alla presenza di particolari requisiti, ragion per cui il soggetto pubblico aveva piena facoltà di determinare a quale modalità di gestione ricorrere. In questo senso la nuova disciplina rappresentava di fatto un ritorno al passato⁵⁹ e il dibattito derivante dall'attuazione pratica della norma contenuta all'art. 113, comma 5, come modificato dagli interventi citati, non sarà oggetto di dispute e contenzioni per via di liberalizzazioni del mercato che mai ci sono state, quanto per la definizione dei tratti caratteristici delle società miste o degli aspetti peculiari inerenti il modello comunitario dell'in house⁶⁰

La possibilità offerta alle imprese di contendersi il mercato di

dell'amministrazione, Milano, 1997, 469 ss. e ancora *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. Amm.* 1/2007; *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1/2004; *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione Italiana Professori di diritto amministrativo*, in *Annuario* 2001; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati* in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 1871 ss.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007.

⁵⁷ Esclusi i settori dell'energia elettrica e gas, nonché trasporto pubblico locale.

⁵⁸ Sul tema cfr. in particolare M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003

⁵⁹ In tal senso cfr. S. VARONE, *Servizi pubblici locali*, cit. p. 187 ss.

⁶⁰ Cfr. *infra* par. 7

riferimento partecipando all'affidamento del servizio, che si trattasse di concorrenza *per o nel* mercato, è infatti rimasta una disposizione largamente inutilizzata.

Scompare poi la distinzione tra servizio avente rilevanza industriale e servizio che ne fosse privo, a favore di una distinzione questa volta incentrata sul concetto di rilevanza economica, destinata a ricomprendere una casistica più ampia di quella contenuta nella disciplina previgente.

Sul tema è intervenuta anche la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 272 del 2004, dalla quale è stato possibile ricavare come la rilevanza economica del servizio incidesse non soltanto sulle modalità di gestione di un dato servizio, ma anche sulla fonte - eventualmente regionale - che avrebbe potuto disciplinarlo, ulteriormente arricchendo la ricostruzione di una nozione che proprio in quel dato periodo storico vedeva assumere contorni più definiti anche per la risoluzione di questioni legate più propriamente alla giurisdizione⁶¹.

Nel complicato quadro così delineato, reso ancora più incerto da alcune vicende che avevano riguardato profili di giurisdizione in tema di pubblici servizi, l'intervento normativo si era ulteriormente arricchito una norma contenuta nel decreto *cd. Bersani*, in particolare riferimento all'art. 13, d.l. 4 luglio 2006 n. 223, come convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248, il quale aveva tratteggiato una nuova disciplina per le *cd. società strumentali*, ovvero quelle società a capitale misto o interamente pubblico costituite o semplicemente partecipate per la produzione di beni e servizi che fossero strumentali all'attività dell'ente. La norma contemplava l'ipotesi in base alla quale tali soggetti potessero operare esclusivamente con gli enti costituenti,

⁶¹ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 204 del 2004, ha escluso l'indiscriminata e omnicomprensiva devoluzione della materia al giudice amministrativo, come era invece desumibile dall'art. 7 di cui alla L. 205 del 2000. Per un commento in merito cfr. L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004*, in www.giustizia.amministrativa.it

partecipanti o affidanti, senza poter quindi svolgere prestazioni a favore di terzi, anche in presenza di ulteriore gara regolarmente svolta. L'obiettivo di scongiurare vantaggi anticoncorrenziali a favore di soggetti di fatto non operanti sul mercato sancisce quindi indirettamente anche la non configurabilità dell'attività cd. *extra moenia* per questo tipo di operatori. A dir il vero la norma prevedeva un'esplicita esclusione inerente i servizi pubblici locali, ma il problema si poneva comunque in riferimento alle imprese cd. *multiutilities*, le quali erogavano anche servizi rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina.⁶²

3. Premessa. I Servizi di interesse economico generale (SIEG)

Non può mancare un breve riferimento al contributo che l'ordinamento transnazionale ha offerto in merito alla formazione delle teorie dottrinali, nonché delle normative interne dettate in tema di servizi pubblici locali⁶³.

Il concetto di servizio di interesse economico generale, permette infatti di cogliere alcune differenze, rispetto alla più risalente nozione fatta propria dall'ordinamento nazionale.

Poiché tutt'ora manca, e a dir il vero non vi è mai stata una definizione di SIEG idonea a circoscriverne con precisione le caratteristiche, la ricostruzione è stata affidata alle interpretazioni fornite dagli organi comunitari, su tutti Commissione e Corte di Giustizia.

Quest' ultimo particolare aspetto ha però comportato la possibilità che venisse posticipata l'applicazione di qualunque normativa

⁶² Sull'ambito e l'estensione applicativa della norma si segnalano due importanti pronunce : Tar Lazio, Roma, n. 1486 del 2007; Tar Lombardia, Milano, n. 140 del 2007

⁶³ Per un inquadramento generale cfr. *ex multis*, G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Il Filangieri*, 2004, p. 7 ss

proconcorrenziale a momenti nei quali le circostanze di fatto avrebbero reso più agevole un reale dispiegamento della portata della norma. Obiettivo reso altresì possibile, dalla stessa citata configurazione della stessa, che la rendeva suscettibile di assumere contenuti variabili.

Dinanzi ad un tale quadro, anche alla luce dell'evoluzione della disciplina seguente, emerge tuttavia ancor più come la l'intuizione di concepire la nozione in quanto clausola generale⁶⁴ fosse corretta.

Ciò che però in questa sede preme verificare è la circostanza secondo la quale i mutamenti che sono intervenuti in ordine alla nozione di SIEG possono avere in qualche modo aver influito sulle vicende dei servizi pubblici locali.

Non può far a meno di registrarsi tuttavia come, nonostante l'intervento dell'Unione Europea abbia spesso inciso profondamente negli orientamenti poi recepiti anche nel nostro Paese, non siano ricavabili molti spunti determinanti in riferimento all'elaborazione teorico – pratica della disciplina dei servizi pubblici locali.

Allo stesso tempo però, si possono indirettamente cogliere le ragioni per cui tali servizi siano rimasti ai margini dei processi che hanno interessato i servizi nazionali e l'ordinamento comunitario.

3.1 Le prime interpretazioni

La nascita della Comunità Europea non ha visto nelle intenzioni dei fondatori, porre la concorrenza tra gli obiettivi principali della neonata Istituzione, i quali restavano individuabili nella ben differente realizzazione di una libertà di commercio interno. Non era pertanto rinvenibile alcuna intenzione di realizzare un mercato comune nel settore dei servizi di pubblica utilità. L'affermazione non è provata soltanto dalla strutturazione della norma cardine di cui all'art. 106

⁶⁴ Cfr. *retro*, par. 1.2

TFUE⁶⁵, ma anche dalla quasi totale assenza di disposizioni specifiche dedicate ai pubblici servizi come tradizionalmente intesi⁶⁶.

In particolare, la norma contenuta all'originario art. 86 TCE, pur nell'ambito di un quadro avente come obiettivo la realizzazione di un mercato interno non escludeva e tutt'ora non esclude, almeno nel tenore letterale, l'esercizio di attività economiche gestite direttamente dall'Autorità pubblica. Contemporaneamente prescrive l'applicazione delle regole della concorrenza a tutti gli operatori economici, salvo che questi non abbiano ricevuto incarico di svolgere una missione che rivesta interesse economico generale, in virtù della quale si renda necessaria l'attribuzione di particolari diritti speciali e/o esclusivi⁶⁷.

Se dunque la sola presenza di tale disposizione da sola non escludeva che gli Stati membri mantenessero le prerogative inerenti il perseguimento di interessi generali a mezzo degli strumenti ritenuti più idonei, poteva tuttavia già scorgersi l'idea che la realizzazione della libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali non potesse aver luogo, se non tramite la realizzazione di assetti concorrenziali che non risentissero dell'eccessiva presenza di situazioni nelle quali vi erano monopoli e/o conferimenti di diritti speciali.

⁶⁵ Art. 106 TFUE (ex art. 86, prima ancora art. 90): *"1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni"*.

⁶⁶ Se si eccettua l'art. 93 TFUE (ex art. 73 TCE, prima ancora art. 77) che recita *"Sono compatibili con il presente trattato gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio"*.

⁶⁷ Per un inquadramento delle problematiche indotte dalla struttura della norma cfr. *ex multis* G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n.2, del Trattato CE*, in *Dir. un. eur.*, n.3/1996, p. 719 ss.

L'impossibilità di sciogliere il nodo in merito all'interpretazione in ordine alla norma citata⁶⁸, unita all'inerzia delle istituzioni comunitarie, non permisero tuttavia di maturare la consapevolezza della necessità di un mercato concorrenziale, e inizialmente abbondarono le interpretazioni minimaliste della disposizione, sintomatiche di spinte conservative⁶⁹.

Poiché i più importanti gestori di quelli che vengono oggi intesi come servizi di interesse economico generale erano concessionari statali operanti in regime di riserva, appare comprensibile come gli Stati fossero restii ad individuare nella presenza di monopoli e diritti speciali l'ostacolo all'attuazione delle libertà comunitarie⁷⁰. Tale posizione ispirata alla conservazione dello *status quo* era ulteriormente avvalorata dalle prime pronunce adottate dalla Corte di Giustizia⁷¹, volte a legittimare il mantenimento di assetti pubblicistici⁷² o comunque l'attribuzione di diritti speciali e/o esclusivi in virtù di una valutazione discrezionale dello Stato membro conferente che si rendeva necessaria ai fini del soddisfacimento di prospettati interessi pubblici, senza che fosse minimamente contemplato l'aspetto relativo alla sussidiarietà od alla proporzionalità dell'intervento⁷³.

⁶⁸ In merito alla ambigua formulazione della disposizione cfr. anche a tal proposito A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in R. QUADRI – R. MONACO (a cura di) *Commentario del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Milano, 1965.

⁶⁹ Si pensi ad esempio a chi sosteneva come la nozione di interesse economico generale altro non fosse che la riproposizione di "interesse pubblico nazionale" cfr. R. DRAGO, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato unico europeo*, in *Riv. dir. industr.*, 1963.

⁷⁰ Cfr. in proposito F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli stati membri e interesse generale*, in *Dir. un. eur.*, 2002

⁷¹ Per un'analisi approfondita delle evoluzioni giurisprudenziali che hanno indotto le trasformazioni considerate nell'ambito dei pubblici servizi si rinvia a G. CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, ed. Giappichelli, 2002

⁷² Cfr. CGCE, sentenza 4 luglio 1971, C – 10/71 cd. *Muller*

⁷³ Cfr. CGCE, sentenza 30 aprile 1974, C - 155/73, cd. *Sacchi*

L'inversione di prospettiva che apre la strada ad una nuova impostazione e ad una contemporanea crisi delle ricostruzioni tradizionali nazionali della nozione di servizio pubblico, avviene quando è percepita la necessità che ai fini della realizzazione del mercato unico debbano essere individuati principi e regole atti a promuovere e a tutelare la concorrenza, innanzitutto attraverso l'esercizio di una libera iniziativa economica. La libertà dello Stato membro di derogare alla normativa concorrenziale, in particolare attraverso il conferimento dei diritti di privativa, comincia a subire le prime limitazioni. Il SIEG non cessa di essere considerato uno strumento di competenza nazionale o di garanzia dell'intervento pubblico, ma finisce comunque indirettamente per diventare uno degli mezzi attraverso i quali prenderanno corpo le prime liberalizzazioni. I primi interventi in tal senso, risalenti invero all'inizio degli anni '90, rinvengono però radici più risalenti nel tempo.

Se infatti la realizzazione delle quattro libertà fondamentali era già ben chiara nei Trattati istitutivi delle Comunità Economiche Europee, è soltanto con l'entrata in vigore dell'Atto unico⁷⁴ nel 1987 che le stesse vengono corredate degli primi strumenti necessari per il loro concreto perseguimento.

Da questo momento in poi il ruolo degli Stati membri appare progressivamente ridisegnato nella sua estensione e nelle sue finalità, complici i nuovi orientamenti della Commissione e innovativi filoni giurisprudenziali.

⁷⁴ In realtà preceduto da una Comunicazione a mezzo della quale la Commissione illustrava gli obiettivi per la definizione di un mercato unico. Cfr. COM, 1985 n.310, *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, del 14 giugno 1985.

3.2 La crescente espansione della dimensione comunitaria

La scelta di soffermarsi sull'Atto Unico europeo, è stata indotta dalla particolare importanza che esso ha rivestito nell'evoluzione delle politiche comunitarie. Le disposizioni citate non sono di per sé indice di un'imminente cambio di prospettiva nel settore dei Servizi di interesse economico generale – d'ora in poi SIEG. Anzi, l'art. 90 TCE non viene neppure citato.

Il dato rilevante consiste però nell'introduzione di un termine, entro il quale sarebbe dovuto essere realizzato il cd. *spazio interno senza frontiere*⁷⁵, al fine di permettere la realizzazione delle quattro libertà fondamentali. All'interno del predetto testo, accanto ad un'annessa *timeline* comprendente le scansioni temporali entro le quali gli obiettivi andavano perseguiti, sono poi introdotti importanti cambiamenti da un punto di vista procedurale, espressioni di una volontà politica di procedere nel in tal senso, che vedono l'adozione della regola della maggioranza qualificata, in luogo dell'unanimità, per tutte le decisioni che sarebbero state intraprese ai fini di conseguire la creazione di un mercato unico senza frontiere.

Proprio infatti in contemporanea all'adozione dell'Atto Unico, nell'azione della Commissione, seppure a mezzo di semplici Comunicazioni⁷⁶ vincolanti l'azione degli Stati, cominciava a farsi spazio l'idea che la formazione di un mercato potesse essere intralciata dagli assetti giuridici esistenti nei territori nazionali. Le possibilità offerte dalla stipulazione dell'Atto non avrebbero potuto dunque essere adeguatamente sfruttate finché gli scenari avessero visto la presenza incontrastata di monopolisti legali nazionali. Proprio

⁷⁵ L'art. 8 Trattato CEE; introdotto dall'art. 13 dell'Atto Unico Europeo, prevedeva infatti la realizzazione di un mercato interno entro il 31.12.1992.

⁷⁶ Cfr. COM(1987)90, *Libro verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e delle apparecchiature di comunicazione*, 30 giugno 1987.

questa convinzione condusse la Commissione a proporre, per la prima volta, l'adozione di due direttive volte proprio a incidere sulle consolidate strutture organizzative presenti nei singoli Stati⁷⁷.

Per cogliere il primo vero segnale di interdipendenza tra il mercato comune interno e servizi di interesse economico generale bisognerà tuttavia attendere che tale connessione sia sottolineata dal nuovo Trattato di Maastricht, laddove lo sviluppo del mercato diventerà uno dei pilastri a mezzo del quale realizzare la coesione economica e sociale delle Comunità⁷⁸.

Affinché le comunità possano beneficiare dei vantaggi derivanti da uno spazio senza frontiere interno rimaneva tuttavia necessario costituire e sviluppare infrastrutture nei cd. settori a rete delle telecomunicazioni, energia e trasporti⁷⁹.

In questo momento storico non è quindi lo Stato a ritirarsi, ma sono bensì gli organi comunitari ad avanzare. L'utilizzo della direttiva riflette sicuramente la consapevolezza che le differenti culture condizionanti le Amministrazioni nazionali non possano trovare dei punti comuni a mezzo della semplice e spontanea interpretazione delle norme contenute nei Trattati. La crescita economica ed imprenditoriale, alla base della riduzione delle diseguaglianze e quindi originante coesione sociale non può che trovarsi a incidere proprio su quei settori che vedono la presenza di monopoli pubblici.

La volontà però di imprimere una svolta radicale era comunque supportata dalla particolari condizioni economico - finanziarie che avevano permesso al rinnovato contesto comunitario di accelerare un processo di integrazione incidendo sulle modalità di intervento pubblico in economia. I processi di privatizzazione dei monopolisti legali avviati agli inizi degli anni '90, non sono infatti la conseguenza

⁷⁷ Direttive n. 88/301/CEE e n. 90/388/CEE in materia di concorrenza nei mercati dei terminali di telecomunicazione

⁷⁸ Cfr. Artt. 158 – 162 Trattato CE

⁷⁹ Finalità espressa all'Art. 154 Trattato CE

di azioni dirette della Comunità⁸⁰, ma espressione del timore che un'eccessiva spesa pubblica, unita a un grosso disavanzo e a un sempre più crescente debito pubblico, avrebbe avuto serie ripercussioni sulla posizione ricoperta dal paese membro all'interno del mercato comune⁸¹.

Se l'apparato che gestisce l'offerta di beni e servizi di interesse economico generale è tuttavia pubblicistico, viene da sé che alla riduzione di questo consegua una proporzionale diminuzione della spesa pubblica, meno gravata di compiti e attività fino a quel momento interamente riconducibili alla Pubblica Amministrazione.

Proprio i nuovi approcci determinatisi nel periodo citato, complici anche le nuove opzioni interpretative offerte dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, nonostante alcune iniziali spinte in senso inverso⁸², condussero la Commissione ad elaborare un riordino organico della materia in esame e a conferire alla nozione di cd. servizio di interesse economico generale (d'ora in avanti SIEG) quel significato a mezzo del quale è oggi inteso.

Il testo della Comunicazione del 1996⁸³ adottata dall'Esecutivo comunitario assume una valenza innovativa sotto molteplici aspetti. Non è soltanto la trasversalità della nozione⁸⁴ ad assumere evidenza,

⁸⁰ Considerato anche il principio di neutralità proprietaria di cui all'Art. 295 TCE, ora Art. 345 TFUE

⁸¹ La dottrina sulle privatizzazioni è copiosa, cfr. *ex multis*: P.G. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, ed. Giuffrè, 1995; S. CASSESE, *Le privatizzazioni : arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/1996, p. 579 ss; per un quadro comparato delle privatizzazioni nei principali altri paesi europei cfr. R.G. RODIO (a cura di) *Le privatizzazioni in Europa*, XXXIV, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, ed. Cedam, 2003

⁸² La Francia in particolare, pur dicendosi favorevole ad una armonizzazione dei mercati, era orientata su posizioni volte a rallentare i processi di liberalizzazione. In particolare chiedeva di riconoscere il valore sociale del servizio pubblico e la difesa nazionale dei monopoli. Cfr. Documento n. 36 del 1995 presentato alla Commissione Europea dall'Assemblea nazionale francese. Sul tema cfr. N. RANGONE, *Verso una carta europea dei servizi pubblici?*, in *Regione e governo locale*, 1995

⁸³ Cfr. COM(96) 443, 11 Settembre 1996.

⁸⁴ I SIEG vengono definiti come “servizi, forniti dietro retribuzione o meno, che

ma *in primis* l'impostazione che la connota.

In aderenza al principio di neutralità proprietaria non viene infatti fornita alcuna indicazione circa la natura pubblica o privata del soggetto gestore. La possibilità di identificare una data attività come SIEG risiede piuttosto nella supposta idoneità del servizio a soddisfare interessi generali.

Pur senza apportare un vero *quid novi* alla disciplina, il documento ha avuto l'indubbio merito di incidere fortemente nell'enucleazione dei principi fondamentali inerenti l'evoluzione dell'intera materia. Proprio in esso trova ad esempio per la prima volta riconoscimento generale il *cd. servizio universale*, caratterizzato dall'insieme di determinate attività, aventi carattere economico, che devono essere fornite a condizioni e qualità simili, nonché tariffe uniformi, su tutto il territorio considerato, prescindendo dal grado di redditività economica dell'attività svolta.

Parimenti trova collocazione un tentativo di definire il contenuto dei *cd. obblighi di servizio pubblico*, fino ad allora menzionati in alcuni regolamenti di settore riguardanti la conclusione di contratti di servizio tra Autorità degli Stati membri e operatori di trasporto⁸⁵, e definiti come oneri imposti al gestore del servizio dall'Autorità, al fine di consentire l'adempimento della missione di interesse generale considerata⁸⁶.

Resta poi salva la prerogativa per gli Stati di assumere e individuare i SIEG, ma nel rispetto del *principio di sussidiarietà*, elemento che consente alla Comunità di sindacare la scelta intrapresa in caso di errore manifesto o comunque evidente illogicità della stessa. Se però la libertà di individuare il servizio qualificabile di interesse economico

sono considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e quindi soggetti a specifici obblighi di servizio pubblico"

⁸⁵ Art. 1 Reg. 91/1893 prevede la conclusione di contratti di servizio, sostituendo la previsione di meri obblighi di servizio pubblico contenuti al Reg. 69/1191

⁸⁶ Cfr. V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in L. RADICATI DI BROZOLO, (a cura di) *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, 2002

generale resta di competenza nazionale, è il *principio di proporzionalità* che permea l'intera struttura dell'art. 86 TCE a determinare se le deroghe introdotte possano essere necessarie ai fini della realizzazione della missione individuata.

Non sfugge come questa posizione della Commissione, seppure meritevole di avere introdotto aspetti innovativi, risulti sostanzialmente ancora ancorata alla consapevolezza delle differenze esistenti nei diversi ordinamenti nazionali.

L'adattamento degli istituti nazionali a quelli di derivazione comunitaria verrà infatti affidato a singole direttive, a conferma che i SIEG, in una prima fase, avevano il merito di identificare prevalentemente una categoria concettuale la quale svolgesse il ruolo di introdurre una armonizzazione embrionale, attraverso l'introduzione di una figura che avesse quantomeno il merito di non accentuare le tendenze nazionali volte ad una ricostruzione della nozione di servizio pubblico.

3.3 Il Trattato di Amsterdam.

Il primo vero punto di svolta nell'elaborazione della nozione è rappresentato dall'inserimento dell'art. 16 all'interno del Trattato CE. I SIEG vengono valorizzati maggiormente⁸⁷ quanto al loro valore di coesione sociale nell'ambito applicativo dei trattati, attraverso il riconoscimento di essi come *valori comuni dell'Unione*, quindi suscettibili di essere svolti e contemporaneamente tutelati in funzione delle distinte missioni d'interesse generale che costituiscono il loro comune denominatore. La portata innovativa della disposizione è

⁸⁷La norma così recita: “fatti salvi gli artt. 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti”

ravvisabile innanzitutto nella stessa modifica di disposizioni del Trattato al fine di introdurre norme riferibili ai SIEG. Secondariamente, emerge come la dimensione sociale prevalga nettamente sulle originarie ispirazioni economico commerciali⁸⁸.

Ben presente era tuttavia il rischio che in sede applicativa – interpretativa, la norma mantenesse una configurazione prettamente programmatica. La percezione che il Trattato di Amsterdam avesse invece introdotto una vera e propria base giuridica per gli interventi della Comunità in materia di SIEG, non tardò a diffondersi⁸⁹, seppur si registrassero in dottrina alcune perplessità in merito⁹⁰ al fatto che in realtà il nuovo orientamento fosse astrattamente idoneo a recepire diverse istanze, non necessariamente ed esclusivamente indirizzate alla protezione dei valori sociali.

L'interpretazione tendenzialmente bivalente della disposizione rappresentava tuttavia il recepimento delle posizioni espresse dalla Corte di Giustizia, che per prima aveva temperato quell'orientamento che in passato aveva condotto ad optare per una presunzione di illegittimità con riguardo al conferimento dei diritti speciali ed esclusivi, tutte le volte in cui lo stesso non risultava indefettibile e rispondente a circostanze in concreto verificabili⁹¹. Queste prime aperture rappresentano l'anticamera di una giurisprudenza nella quale comincerà a entrare in gioco la stessa nozione di SIEG, in quanto la deroga non sarà più giustificata sulla base del solo presupposto che l'attività esercitata sia oggetto di un compito pubblico e che quindi

⁸⁸ In questo senso cfr. R. URSI, *L'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea* – Parte seconda, in *Nuove autonomie*, n. 3/2002

⁸⁹ Cfr. in tal senso F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 3/2006; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, cit.

⁹⁰ G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario comunitario*, in *Riv. quadr. dei pubbl. serv.*, 1999, p. 1 ss.

⁹¹ Il riferimento è alla nota sentenza cd. *Hofner*, CGCE, sentenza 26 aprile 1991, C-41/90. L'inaugurato indirizzo troverà immediata conferma nella sentenza 10 dicembre 1991, C-129/90, cd. *Porto di Genova*.

una pubblica autorità l'abbia assunta e ritenuta tale. Per qualificare allora un'attività come di servizio di interesse economico generale andranno allora individuate le condizioni alle quali una Pubblica Amministrazione potrà operare tale riconoscimento, al fine di assumerne la titolarità e orientarne la gestione con le conseguenti ed eventuali deroghe alle regole di mercato ad essa applicabili.

In quest'ottica riveste allora particolare importanza la valorizzazione delle finalità cui deve tendere il conferimento di determinati diritti di privativa⁹², nel senso di una ragionevolezza - e quindi legittimità - di questa.

Il rispetto di tale parametro è strettamente correlato alla verifica del principio secondo cui l'impresa incaricata fornisca prestazioni che non svolgerebbe se dovesse operare sulla base di proprie valutazioni di remuneratività dell'attività svolta. Viene pertanto in evidenza come il criterio di proporzionalità che lo Stato membro è chiamato a rispettare possa dirsi soddisfatto nei casi in cui i diritti speciali ed esclusivi si fossero resi necessari allo svolgimento di obblighi di servizio pubblico al fine del perseguimento di una missione di interesse economico generale. E' dunque la previsione e definizione di tali obblighi che consente allo Stato membro di soddisfare quelle istanze che caratterizzano l'attribuzione di una *specific mission*. In questo senso, il ricorso all'ex art. 86 TCE, può non essere configurato come una eccezione alle regole dettate in tema di concorrenza, ma quanto piuttosto il mezzo cui ricorrere qualora si intenda realizzare finalità avente natura generale, a prescindere che l'attività risulti di matrice pubblicistica o privatistica. E' dunque evidente come tale interpretazione non possa più collimare quindi con l'originaria accezione secondo la quale l'intervento pubblico si sostanzia nella creazione o mantenimento di spazi di produzione ed erogazione

⁹² A partire dalle pronunce cd. *Corbeau*, CGCE, sentenza 19 maggio 1993, C-320/1990 e CGCE 27 aprile 1994, C-393/92, cd. *Comune di Almelo*

riservati.

3.4 Nuovi elementi utili per una futura definizione dell'equilibrio tra stato e mercato?(cenni)

Restava ancora da stabilire se affermare il valore sociale dei SIEG, significasse anche far prevalere la dimensione sociale a discapito di quella più propriamente economica.⁹³ E il primo aspetto sembrava effettivamente destinato a prevalere, nel momento in cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, come introdotta dal Consiglio Europeo di Nizza tenutosi nel dicembre 2000, all'art. 36 riconosceva ai SIEG un ruolo di coesione sociale e territoriale⁹⁴. La disposizione però non introduceva nuovi diritti, né tantomeno aveva riconoscimento giuridico formale⁹⁵, anche a causa della mancata ratifica del trattato che avrebbe dovuto adottare una Costituzione Europea⁹⁶.

A ridosso dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam tuttavia, la Commissione aggiorna la comunicazione precedente⁹⁷ giungendo ad ampliare la stessa nozione di servizio di interesse economico generale. Ai tre principi cardine che la compongono, ovvero di

⁹³ A. LUCARELLI, *Commento all'art. 36*, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 251 ss

⁹⁴ La disposizione così recita: “*al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità Europea*”

⁹⁵ Almeno fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'art. 6 del TUE riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti proprio nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza, attribuendo alla stessa il medesimo valore giuridico dei trattati, pur con la previsione che le disposizioni in essa contenute non possano in alcun modo le competenze già attribuite all'Unione.

⁹⁶ Il Trattato in esame, che avrebbe dovuto comportare l'abrogazione dei precedenti Trattati sull'Unione Europea e del Trattato istitutivo della Comunità Europea, viene adottato a Roma nel 2004. La mancata ratifica da parte di tutti i paesi firmatari e le consultazioni referendarie concluse con esito negativo in Francia ed Olanda nel 2005, determinarono un periodo di stallo istituzionale e determinarono la decisione di dar vita nel 2007 ad una nuova conferenza intergovernativa

⁹⁷ Precisamente attraverso la COM (2000)580

neutralità nei riguardi degli assetti societari, principio di proporzionalità e di sussidiarietà viene affiancata una qualificazione che serve a differenziare i SIEG dalle ordinarie attività d'impresa : la presenza di situazioni di cd. *market failure*, può indurre il mercato a non assumerne la produzione, ma la stessa discrezionalità non è concessa all'Autorità pubblica.

In questo modo, poteva ben sembrare che l'elemento scriminante tra attività privata e pubblica fosse effettivamente verificabile in presenza di un fallimento di mercato, quasi che l'intervento pubblico divenisse residuale e ammissibile soltanto in presenza di determinate circostanze che avessero indotto gli operatori privati ad astenersi dall'erogare un dato servizio.

La contraddizione letterale è in realtà soltanto apparente. Il regime di neutralità proprietaria consente che le amministrazioni nazionali intervengano nei SIEG, poiché ad esserne censurata non è l'elemento della titolarità pubblica, bensì l'indebito vantaggio che da questa posizione esse od altri soggetti possano trarne. In tal senso, questa ulteriore specificazione della figura è di ausilio a definire meglio i contorni di una nozione che rappresenta sempre più l'oggetto di una vera e propria *strategia unitaria* diretta all'insieme dei servizi propriamente considerati.

E la conferma giunge proprio da altri interventi della Commissione⁹⁸ che rappresentano passaggi fondamentali per l'interpretazione dei SIEG.

Trova per primo definizione il concetto di attività economica, come “attività che implica l'offerta dei beni e servizi su un dato mercato”. La nozione infatti, recepita anche dal Giudice delle Leggi⁹⁹, ammetteva come effettivamente “servizi economici e non economici

⁹⁸ L'ovvio riferimento è al Libro verde sui servizi di interesse generale COM(2003)570 e al Libro Bianco sui servizi di interesse economico generale COM(2004)374

⁹⁹ Nella sentenza della Corte Cost. n. 325 del 2010, cfr. *infra*, Cap. II, par. 6

potessero coesistere nello stesso settore, potendo essere forniti contemporaneamente dallo stesso organismo". Non vengono tuttavia menzionati all'interno della Comunicazione, né i servizi di natura non economica, né tantomeno i servizi pubblici locali.

L'accezione fornita, che si potrebbe inquadrare come *dalla natura evidentemente oggettiva nel caso si desiderasse trovare dei punti di contatto con l'interpretazione italiana, non era fondata sulla natura giuridica del soggetto erogante il servizio, quanto in riferimento al peculiare regime giuridico che disciplinava la sua attività*. Anche per questa ragione erano stati enumerati obblighi e doveri dell'esercente, fra i quali l'accessibilità del servizio e delle tariffe, la qualità, la qualità dello stesso e la tutela degli utenti.

Nella stessa direzione si muoveva la citata Comunicazione del 2004, la quale tuttavia rinveniva la presenza di un SIEG nei casi in cui un servizio di natura economica fosse stato assoggettato a obblighi di servizio pubblico in virtù di un criterio di interesse generale.

Il riferimento agli obblighi di servizio pubblico portava la Commissione a misurarsi necessariamente anche con i soggetti che da questi obblighi risultavano gravati. In tal caso tuttavia l'Esecutivo ha preferito limitarsi a dare differenti soluzioni interpretative¹⁰⁰, ben sapendo che ogni presa di posizione sul tema avrebbe potuto rischiare di spostare i termini definitivi degli stessi servizi di interesse economico generale.

3.5 Il Trattato di Lisbona: uno spazio per la futura valorizzazione delle autonomie locali?

A seguito del periodo di impasse dovuto alla mancata ratifica in sede

¹⁰⁰ Il servizio pubblico è indicato alternativamente come quel servizio offerto alla collettività, oppure come servizio cui è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico, o ancora declinato in riferimento alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio.

referendaria della Carta Costituzionale europea¹⁰¹, il Consiglio Europeo del giugno 2007, raggiunse un'intesa circa un mandato ad una nuova conferenza intergovernativa, che nel dicembre dello stesso anno avrebbe portato alla sottoscrizione di un Trattato volto a modificare quelli esistenti, assieme alla contemporanea introduzione di una serie di Protocolli allegati.

Il Trattato, ratificato dagli Stati membri esclusivamente per via parlamentare, attraverso il nuovo art. 14 TFUE, ex art. 16 TCE, oltre a ribadire e rafforzare la responsabilità comune e condivisa dell'Unione e degli Stati nazionali, mediante la clausola di salvezza di cui all'art. 4 relativa all'esercizio di competenze concorrenti, rafforza il principio di sussidiarietà a sostegno dell'attività normativa delle singole entità statali, non soltanto in quanto espressamente specificato nella stesso contenuto della disposizione¹⁰², bensì anche in virtù di un Protocollo¹⁰³ sui servizi di interesse generale. Quest'ultimo atto, pur non giungendo a delineare una nozione omnicomprensiva di SIEG, ne risalta il ruolo essenziale, nonché la potestà discrezionale delle Autorità nazionali, quindi anche regionali o locali, di assumere ed organizzare i vari servizi, fatta esplicitamente salva dalla disposizione di cui all'art. 2 del medesimo.

Si contempla inoltre la diversità dei vari servizi, con ciò sottolineando le differenze geografiche e sociali che possono intercorrere tra le collettività di riferimento. Comune a tutti gli aspetti

¹⁰¹ Cd. Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa, secondo la decisione presa in sede CIG, 87/2/04, rev.2

¹⁰² Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi.

¹⁰³ Protocollo n. 26 del TFUE

deve comunque essere l'elemento che ne garantisca l'accessibilità, anche economica, nonché la sicurezza e la qualità nell'erogazione, con ciò rinviandosi ad aspetti che richiamano i diritti degli utenti ed anche il cd. servizio universale.

Il protocollo rappresenta quindi una declinazione più dettagliata di quanto espresso dall'art. 14 TFUE, nelle parti cui il secondo fa riferimento ai *valori comuni dell'Unione*, alla *promozione della coesione sociale e territoriale* e all'obbligo imposto alle Istituzioni nazionali ed europee di provvedere affinché questi servizi operino sulla base di *principi e in condizioni che permettano loro di compiere la missione (affidata)*. A medesima conclusione può giungersi se si osserva come l'Art. 2, par. 3, TUE, il quale indica come obiettivo dell'Unione la realizzazione di *un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*. Quest'ultimo dato in particolare, alla luce degli sviluppi del settore, non deve far pensare ad un arretramento nel percorso di creazione di un mercato concorrenziale, quanto piuttosto all'esigenza di contemperare le differenti esigenze manifestate dal lato dell'offerta e della domanda dei servizi.

Emerge dunque una chiave di lettura fortemente orientata alla valorizzazione di un principio di sussidiarietà, entro la quale le singole Autorità nazionali continueranno ad esercitare un potere discrezionale di individuazione degli interessi da soddisfare, mentre l'Unione dovrà tenere conto delle peculiari differenze sociali, culturali e geografiche, senza necessariamente giungere a omologazioni dovute ad approcci preminentemente concorrenziali, anche nei servizi avente carattere economico. Il quadro così delineato, pare confermato dalla stessa posizione espressa dalla Commissione, in una Comunicazione¹⁰⁴ che ha ad oggetto lo stesso Protocollo sui servizi di interesse economico generale.

¹⁰⁴ Cfr. COM(2007)724, par. 3 del 20.11.2007, di poco successiva all'approvazione del Trattato di Lisbona avvenuto in data 18.10.2007 e poi firmato 13 Dicembre dello stesso anno, con entrata in vigore al 1° dicembre del 2009

Alla luce di queste considerazioni è stata avvertita l'esigenza di un contrappeso a possibili interpretazioni estensive del principio di sussidiarietà potenzialmente ricavabili dal contenuto del Protocollo citato.

In questa ragione risiede la presenza di una nuova base normativa attraverso la quale le Istituzioni europee potranno misurare i propri interventi. Se da un lato è vero che viene ribadita la potestà discrezionale delle Autorità nazionali nell'erogazione ed organizzazione del servizio, dall'altra saranno proprio Parlamento e Consiglio a deliberare tramite regolamenti quali principi e quali condizioni economico – finanziarie dovranno essere seguiti dagli Stati membri nell'esercizio della prerogative loro riconosciute¹⁰⁵.

In questa sede tuttavia, è anche un'altra disposizione a venire in evidenza. Il riconoscimento offerto dall'Unione al sistema delle autonomie locali e regionali contenuto nell'art. 4, par. 2, TUE¹⁰⁶rende opportune alcune considerazioni.

In questa norma infatti, il sistema delle autonomie locali è posto sullo stesso piano non solo delle singole identità nazionali, ma anche di funzioni notoriamente riconducibili ai singoli Stati, quanto all'esercizio di competenze esclusive, quali appunto la sicurezza nazionale. Se può sembrare avventato sostenere che nel concetto di "identità nazionale" si possa rinvenire uno spiraglio per la rinascita delle concezioni novecentesche in termini di servizio pubblico, meno è affermare come questa particolare norma possa costituire una valida

¹⁰⁵ L'attuazione della disposizione *de qua* potrebbe ad esempio essere rappresentata dal recente Regolamento comunitario n. 360 del 2012, cd. Regolamento *de minimis* SIEG, con il quale per alcuni interventi di ausilio finanziario è stata prevista l'esenzione dall'applicazione delle norme in tema di Aiuti di Stato.

¹⁰⁶ L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro

argomentazione giuridica volta a sostenere l'autonomia organizzativa degli enti locali in tema di erogazione dei servizi pubblici.

3.6 L'attuale incidenza del quadro comunitario sul settore dei servizi pubblici locali.

Si è avuto modo di osservare come la strategia europea diretta a costituire un vero e proprio mercato interno dei servizi di interesse economico generale ha determinato processi di liberalizzazione, preceduti, come nel caso dell'esperienza italiana da massicce dismissioni delle partecipazioni pubbliche in soggetti che erogavano i medesimi servizi.

Il fenomeno, che ha avuto impulso a partire dagli anni '90 ha interessato primariamente quei servizi cd. a rete, quali trasporti, telecomunicazioni, servizi aeroportuali, energia elettrica e gas, nonché i servizi postali.

Seppur con le dovute differenze, dovute in parte al settore considerato e alle specificità che l'impostazione europea ha concretamente assunto nell'esperienza italiana, il progressivo avanzamento delle azioni adottate in sede comunitaria può suddividersi in tre fasi, attraverso le quali si è dapprima proceduto alla soppressione dei regimi citati di riserva e monopolio, per poi introdurre veri e propri principi a garanzia della realizzazione di quegli interessi generali sottesi e menzionati dall'art. 106 TFUE, corredati dalla nascita di Autorità di regolazione nei singoli Stati membri, alle quali, in alcuni casi si sono aggiunte vere e proprie Autorità di regolazione europee, o comunque soggetti dotati di funzioni di coordinamento delle singole realtà nazionali. Infine tramite Direttive di cd. *terza generazione*, e in alcuni casi anche a mezzo dell'emanazione di nuovi Regolamenti, si è integrato il contenuto delle disposizioni previgenti allargando il novero delle filiere da aprire

al mercato, quando non addirittura prevedendo nuovi e specifici obiettivi perseguibili soltanto in un mercato totalmente liberalizzato.

Ad oggi si può affermare come l'azione dell'Unione Europea, la dimensione orizzontale assunta dall'intervento degli organi di regolazione e le finalità e gli obiettivi individuati da questa siano sempre più pervasivi e non consentano che lievi adattamenti agli Stati membri, circa le modalità attraverso le quali perseguire gli intenti individuati nelle norme comunitarie.

Rinviando alla copiosa letteratura prodottasi sul tema delle trasformazioni che hanno interessato i servizi pubblici in ambito europeo ed interno¹⁰⁷ in questa sede interessa piuttosto capire la ragione per la quale il regime dei servizi pubblici locali è sostanzialmente rimasto indifferente a molte delle azioni intraprese in sede comunitaria.

Il punto non è infatti inerente soltanto le ragioni che abbiano fino ad oggi impedito la costruzione di un mercato concorrenziale nel settore dei SPL, ma si estende ai motivi che non hanno reso l'ordinamento europeo in grado di incidere efficacemente, come invece avvenuto nel

¹⁰⁷ *Ex multis* cfr., D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. CASSESE, *Le trasformazioni dei servizi pubblici*, in *Economia pubblica*, 1995, 5; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 945 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit.; id., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit.; F. MERUSI – M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, ed. Il Mulino, Bologna, 2003; A. MASSERA (a cura di) AA.VV., *I servizi pubblici in ambiente europeo*, ed. Plus, Pisa, 2004; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 945; A. PREDIERI – M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001; L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001; E. CARDI, *Mercati e regole*, Padova, 2005; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; S. CASSESE, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 855 ss. e id. *La nuova costituzione economica*, ed. Laterza, 2011; G. CORSO, *I servizi pubblici*, cit.; C. DE VINCENTI – A. VIGNERI, *Le virtù della concorrenza*, Bologna, Astrid, 2006, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Giuffrè, 2010;

caso dei servizi nazionali.

3.7 I concreti elementi di differenziazione dei servizi pubblici locali rispetto al quadro europeo delineatosi

Nel settore dei servizi pubblici locali, il primo aspetto di cui prendere atto attiene la totale assenza di disposizioni di diritto derivato.

Si tratta quindi di analizzare i motivi che hanno innanzitutto indotto l'Unione europea a non incidere più del dovuto su questo particolare settore.

Una prima spiegazione può essere rinvenuta nel timore delle stesse Istituzioni comunitarie prima ed europee poi, di addentrarsi in dinamiche nelle quali gli intrecci tra le comunità locali e le autorità di riferimento, sfuggivano a logiche imperniate su concetti di matrice più prettamente economica. Secondariamente, l'Europa non rappresenta ancora un'entità politica compiuta, né tantomeno tale assunto poteva essere sostenuto all'entrata in vigore dei Trattati di Roma. Prevedere pertanto che gli organismi geograficamente e politicamente più distanti dai centri locali, potessero ingerirsi nei tessuti sociali delle singole realtà territoriali, avrebbe comportato il rischio di un'impopolarità tale da inficiare tutto il percorso inizialmente diretto quantomeno a formare le basi economiche della Comunità economica europea.

Le Istituzioni europee hanno quindi dato sicuramente un forte impulso al concetto di servizio di interesse economico generale, mediando continuamente, a mezzo dell'art. 106, comma 2, TFUE, tra i valori dell'economia di mercato e della concorrenza da un lato, e quello di coesione economica e sociale dall'altro, ma un aiuto solo trascurabile è giunto dalla definizione degli equilibri nell'ambito dei servizi pubblici locali.

La spiegazione del fenomeno può in parte essere rinvenuta anche

nella circostanza che l'attuazione e lo sviluppo di un mercato concorrenziale incide primariamente sugli scambi transnazionali, interessando pertanto principalmente i comportamenti e le decisioni che adottavano i singoli Stati nazionali. Considerate quindi anche le dimensioni ridotte che interessano il servizio quanto alla estensione geografica, l'interesse della Comunità per questo settore, fuori dei servizi a rete, non poteva che riguardare solo quei casi in cui il valore del servizio avrebbe potuto incidere sul mercato interno.

La sfida di questi primi anni del XXI secolo è rappresentata pertanto dalla capacità di sapere conservare il patrimonio nazionale e locale caratterizzante il settore e dall'altro lato valorizzare la competitività dei SPL sul mercato comune. Occorrerà tuttavia verificare se la tradizionale dicotomia rappresentata da esternalizzazione – autoproduzione, intrappolata all'interno di schemi concettualmente rigidi, sarà capace di fornire la risposta.

La necessaria residualità dell'ambito di intervento della Comunità, ha comunque condotto la giurisprudenza comunitaria ad adottare posizioni volte a precisare quanto previsto dai Trattati in tema di contratti pubblici¹⁰⁸ o le Istituzioni ad emanare atti di normazione derivata quale nel caso degli appalti¹⁰⁹. Gli interventi citati contenevano principi che non potevano non applicarsi anche ai SPL, in quanto comunque rientranti nel novero dei servizi di interesse economico generale.

¹⁰⁸ Il riferimento è alla giurisprudenza in tema di Art. 43 e Art. 49 TCE, i quali imponevano alle pubbliche amministrazioni di selezionare i propri contraenti in modo trasparente e obiettivo. In assenza di direttive o regolamenti in proposito, la Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato la diretta applicabilità delle stesse disposizioni del trattato. Cfr. *ex multis*, CGCE, C-324/98, del 7 dicembre 2000

¹⁰⁹ Cfr. è alle Direttive nn. 17 e 18 del 2004. A tal proposito si segnala che la Commissione a mezzo della COM(2011)206, rese nota l'intenzione di adottare nuove direttive inerenti l'aggiudicazione dei contratti pubblici, nel settore dei servizi di interesse economico generale, entro la fine del 2012.

4. L'in house providing

L'istituto è stato oggetto di grandi attenzioni da parte della dottrina e giurisprudenza interna, in quanto è attraverso esso che si sono condensate le torsioni e le differenti interpretazioni in ordine alle impostazioni assunte nell'ordinamento comunitario.

Le possibilità concesse al ricorso a questa particolare forma di erogazione del servizio rappresentano infatti una tra le ragioni principali che rendono i servizi pubblici locali ancora in parte impermeabili alla diffusione di principi pro - concorrenziali invalsi invece in altri settori.

La figura in esame, indica un modello attraverso il quale la Pubblica Amministrazione acquisisce beni e servizi ricorrendo a risorse proprie della compagine organizzativa, evitando così di indire gare volte a selezionare i terzi, cui è in tal caso demandato il compito di fornire o produrre i beni necessari allo svolgimento dell'attività amministrativa. Il modello in house quindi, pur in teoria contrapposto a quello inerente l'*outsourcing*, a partire da una formula originariamente contenuta in una Comunicazione della Commissione inerente proprio la disciplina degli appalti conclusi tra pubbliche amministrazioni¹¹⁰ è sempre stato ritenuto fungibile e quindi alternativo all'esternalizzazione, essenzialmente per via di un'impostazione politica in base alla quale alle pubbliche amministrazioni è consentito ricorrere a formule organizzative con le quali siano esse stesse a produrre e fornire i beni ed i servizi di cui le collettività di riferimento necessitano¹¹¹.

¹¹⁰ COM (98) 143, 11 marzo 1998, cd. Libro bianco sugli appalti pubblici nell'Unione europea, la quale definisce gli appalti in house come “*contratti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un'amministrazione centrale e le amministrazioni locali, ovvero tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata.*”

¹¹¹ La letteratura sul tema è copiosa, si segnalano tra i tanti: D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico*

L'intera questione, che risente direttamente della stessa applicazione del principio di proporzionalità da un lato e di quello di sussidiarietà dall'altro, entrambi governanti l'interpretazione di quell'art. 106 TFUE che è alla base di qualunque dibattito in merito ai servizi di interesse economico generale, è stata pertanto oggetto numerosi interventi da parte della Corte di Giustizia, la quale ha provato a dare ordine alla disciplina degli affidamenti da parte delle autorità pubbliche che, come osservato, scontava il mancato rispetto delle norme comunitarie in tema di contratti pubblici.

Attraverso la nota sentenza Teckal¹¹², viene precisato per la prima volta come anche l'attribuzione di incarichi tra amministrazioni, non possa costituire ragione sufficiente ad escludere l'applicazione delle regole di evidenza pubblica. La regola della gara ricorre quindi tutte le volte in cui sussista una alterità soggettiva tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'erogatore del servizio, che non permetta di configurare una sorta di delegazione – organica od interorganica¹¹³ – tale da condurre all'esclusione degli obblighi comunitari dettati in tema di contratti d'appalto.

Soltanto qualora il terzo sia formalmente estraneo all'organizzazione amministrativa, ma di fatto ne sia ricompreso, è allora possibile inquadrarlo come organo all'interno dello stesso ente, gestore e beneficiario in concreto delle prestazioni erogate.

Proprio all'interno della stessa pronuncia sono state individuate le due ben note condizioni che devono simultaneamente ricorrere per

servizio e il principio della gara, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2001; R. GAROFOLI – M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. Cost.*, 2008, p.4995 ss. Da ultimo F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, ed. Giappichelli, 2011, con annesso rinvio all'ampia bibliografia richiamata dall'autore.

¹¹² CGCE, 18 novembre 1999, C – 107/98

¹¹³ S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 275 ss.

ritenere legittimo l'affidamento di un servizio senza una gara, rinvenibili in un “*controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*” che il soggetto affidante deve essere in grado di esercitare sul gestore e comunque a condizione che l'ente erogatore “*svolga la parte più importante della propria attività insieme con l'ente o gli enti che lo controllano.*”

L'indeterminatezza degli indici sopra rappresentati ha tuttavia a lungo determinato una situazione di incertezza circa le caratteristiche dell'*in house providing*, nonostante alcune precisazioni volte a meglio definire il quadro tracciato¹¹⁴, nonché alcune impostazioni dottrinarie¹¹⁵ che evidenziavano la necessità di una triplice dipendenza – economica, formale ed amministrativa - , o quantomeno di un controllo di natura strutturale che comunque consentisse all'ente pubblico di ingerirsi nell'organizzazione della società affidataria.

Non sono mancate poi le proposte volte a ricavare la ricostruzione del criterio dall'applicazione analogica di altre disposizioni¹¹⁶, senza che tuttavia si riuscisse a rendere più certa e agevole l'individuazione del requisito.

La giurisprudenza comunitaria invece ha indicato criteri diversi in ordine alla sussistenza di quella relazione di dipendenza tale da eliminare la terzietà tra ente pubblico e società, rinvenendoli *in primis*

¹¹⁴ In merito alla nozione di controllo analogo , la stessa Commissione, con una lettera di messa in mora inviata all'Italia e datata 26 giugno 2002, ravvisava la necessità secondo la quale per rinvenire la sussistenza di tale criterio non fosse sufficiente “*semplice esercizio di strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario*”, ma occorre piuttosto verificare che l'amministrazione controllante eserciti un “assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguardi l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo”

¹¹⁵ C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. It. dir. pubbl.com., 2001

¹¹⁶ In particolare dalla nozione di influenza dominante contenuta all'art. 2, par. 1, lett b), Dir. n. 2000/52/CE a proposito di trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche. Cfr. a tal proposito R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in Dir. Amm., 1/2005. L'A. resta comunque decisamente critico nei riguardi della possibilità di effettuare affidamenti in house in caso di partecipazioni di minoranza.

nella presenza di un intreccio finanziario, consistente in una partecipazione azionaria interamente pubblica, la quale, tenute in debita considerazione disposizioni normative e circostanze pertinenti rappresenta un indice presuntivo¹¹⁷, seppur tendenzialmente non sufficiente¹¹⁸, della sussistenza dell'elemento richiesto. Proprio le differenti letture in ordine all'ammontare del controllo hanno tuttavia determinato divergenze giurisprudenziali nell'ordinamento interno.¹¹⁹

La posizione comunitaria, diretta di fatto ad escludere le forme di affidamento diretto a società miste, è comunque ribadita in una pronuncia con la quale si esclude la possibilità di ricorso all'in house tutte le volte in cui sia la partecipazione dei privati¹²⁰ nella società affidataria del servizio. Il soggetto pubblico doveva pertanto detenere interamente il capitale della società che erogava il servizio, ritenendosi altrettanto inammissibile che tale requisito venisse aggirato attraverso l'apertura successiva, seppur parziale, del capitale azionario a soci privati, anche se individuati tramite gara.¹²¹

Analoghe incertezze hanno riguardato il requisito dello svolgimento

¹¹⁷ CGCE, 11 maggio 2006, C – 340/04, cd. *Carbotermo*

¹¹⁸ Tale aspetto viene meglio definito nella sentenza CGCE, 13 ottobre 2005, C – 458/03, cd. *Parking Brixen*. Prima di tale pronuncia il requisito del controllo analogo era stato individuato semplicemente nella presenza della totalità di capitale pubblico. Nella sentenza in questione viene invece precisato come ai fini della sua configurazione sia necessario, oltre il controllo totalitario, uno strumento che consenta all'ente affidante di esercitare in ogni momento un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti del soggetto affidatario.

¹¹⁹ I giudici comunitari, nella sentenza cd. *Stadt Halle*, dell'11 gennaio 2005, C – 26/03 statuirono che soltanto la partecipazione totalitaria dell'ente pubblico poteva impedire la sussistenza di interessi privati che, in quanto tali avrebbero pregiudicato il principio di una concorrenza libera e non falsata, nonché determinato la violazione del principio della parità di trattamento. Il Consiglio di Stato, di diverso avviso, nella sentenza n. 7345 del 2005, aveva invece affermato la legittimità della partecipazione privata, qualora non in grado di alterare i meccanismi della concorrenza, in virtù di una partecipazione irrisoria e di un diverso settore merceologico in cui opera il soggetto privato partecipante. Per un inquadramento delle posizioni giurisprudenziali comunitarie e nazionali sul tema cfr. L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2007.

¹²⁰ CGCE, 21 luglio 2005, C - 231/03, cd. *Co.na.me*

¹²¹ CGCE, 10 novembre 2005, C - 29/04, cd. *Modling*

preponderante dell'attività societaria con l'ente pubblico, oscillante tra una valutazione in astratto, considerato cioè l'oggetto sociale, il quale dovrebbe prevedere un'attività svolta nell'interesse dell'ente affidante, contrapposta ad una valutazione invece più attenta ai dati quantitativi emergenti dal fatturato, dal quale dovrebbe ricavarsi come la realizzazione dello stesso sia dovuta proprio in ragione delle prestazioni rese all'ente¹²².

Nel silenzio della normativa, vi è stato anche chi ha provato a rintracciare in tal senso riferimenti nella normativa comunitaria degli appalti nel settore esclusi¹²³, laddove la Corte di giustizia ha tuttavia precisato l'impossibilità per le direttive di assumere un significato in ambiti differenti rispetto a quelli predeterminati¹²⁴.

Entrambi i requisiti necessitano comunque di interpretazione restrittiva, con un onere, gravante sull'ente affidante, di dimostrare la sussistenza effettiva di quelle circostanze eccezionali che giustificano l'affidamento diretto¹²⁵.

Questa impostazione è solo l'ultima delle decisioni volte ad affinare e a rendere più incisivi i criteri atti a giustificare le deroghe di cui si fa portatore l'istituto considerato¹²⁶. Tali interpretazioni avevano di fatto condotto alla definizione di un modello organizzativo, nel quale la presenza di privati veniva resa impossibile, così come una futura apertura nella compagine societaria al capitale degli stessi.

¹²² In tal senso, secondo l'impostazione divenuta maggioritaria, cfr. Tar Sicilia, Catania, n. 198 del 2006

¹²³ G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005. L'A. richiama l'applicazione analogica di quanto disposto dall'art. 23 Dir. 93/38/CE, secondo la quale l'affidamento diretto di appalti è consentito nei confronti di imprese che abbiano realizzato nei precedenti tre anni almeno l'80% del fatturato medio grazie a lavori, servizi e forniture verso la stazione appaltante.

¹²⁴ CGCE, cd. *Carbotermo*, cit.

¹²⁵ CGCE, 6 aprile 2006, C – 410/04, cd. *Anav*

¹²⁶ Le stesse pronunce CGCE, 3 ottobre 2000, C – 380/98; CGCE, 22 maggio 2003, C- 18/01; CGCE, 13 gennaio 2005, C – 84/03, valutano in senso restrittivo la sussistenza dei requisiti e precisano anch'esse come l'onere della prova delle circostanze eccezionali gravi su chi invoca il beneficio.

Successive aperture si erano registrate tuttavia in tema di compatibilità della figura con formule associative o consortili del soggetto gestore del servizio in concessione. La nuova interpretazione, poi recepita anche dal Consiglio di Stato¹²⁷, ammetteva la sussistenza del requisito del controllo analogo anche qualora la partecipazione del gestore affidatario fosse stata detenuta esclusivamente da più enti pubblici, ben potendo tale controllo essere esperito congiuntamente da più amministrazioni, onde evitare di imporre nei fatti un passaggio alle formule di esternalizzazione tutte le volte in cui la dimensione modesta degli ambiti territoriali di riferimento o comunque degli enti locali non avessero permesso una gestione autonoma dei servizi considerati. Diversamente, l'Autorità pubblica sarebbe stata costretta a bandire una gara d'appalto, in senso non conforme al sistema di norme comunitarie in tema di concessioni e appalti pubblici¹²⁸.

Similmente merita di essere sottolineato come le ultime evoluzioni sul tema, escludano che il requisito possa ritenersi insoddisfatto in virtù della mera possibilità che i privati possano partecipare al capitale della società aggiudicataria, qualora non sia provata una loro effettiva partecipazione al momento della stipula della convenzione tra l'ente affidante e il soggetto affidatario. Le condizioni che eventualmente impongano l'obbligo di applicare le norme in tema di appalti devono pertanto essere valutate alla data dell'aggiudicazione¹²⁹.

Le nuove aperture in materia di nozione di controllo analogo e partenariato pubblico – privato hanno d'altronde trovato conferma anche nella legislazione dell'Unione, e precisamente nel regolamento trasporto passeggeri su strada e per ferrovia n. 1370 del 2007. La fonte

¹²⁷ Cons. St. 29 dicembre 2009, n. 8970, con la quale si ammette la possibilità di esercizio frazionato del controllo analogo a condizione che ognuno degli enti locali associati sia in grado di indirizzare l'attività sociale con poteri pubblicistici o di derivazione civilistica, senza richiedere tuttavia in capo ai soci la sussistenza del controllo individuale.

¹²⁸ CGCE, 13 novembre 2008, C – 324/07, cd *Coditel*

¹²⁹ CGCE, 17 luglio 2008, C – 371/05 cd. *Commissione c. Repubblica Italiana*

in questione, seppur limitatamente a uno specifico settore dotato di sue peculiarità, oltre l'indubbio merito di avere per la prima volta codificato sul piano normativo la fattispecie dell'in house providing, sancisce come, seppur nel particolare settore considerato, la totale partecipazione pubblica, anche in caso di presenza di operatori privati, non sia condizione imprescindibile al fine di ammettere l'affidamento diretto¹³⁰.

Nello stesso periodo, a seguito di un'importante pronuncia della Corte di Giustizia¹³¹ trovavano definizione, sempre nel senso di una ricostruzione teorica dagli ambiti più elastici, anche le elaborazioni in tema di affidamenti a società miste¹³², qui richiamate in quanto la trattazione di queste è strettamente connessa alle gestioni in house, per via del fatto che la conformazione conferita al requisito del controllo analogo è spesso utilizzata, nelle sue concrete definizioni, al fine di poter con ammettere la presenza dell'uno o dell'altro.

La pronuncia cd. *Acoset* citata chiarisce definitivamente che

¹³⁰ Art. 5, par. 2 Reg. cit. *“conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica, in particolare nel caso del partenariato pubblico – privato, non è requisito obbligatorio per stabilire il controllo analogo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”*

¹³¹ CGCE, 15 ottobre 2009, C – 196/08, cd. *Acoset*

¹³² Il tema ha rappresentato uno degli aspetti più delicati e dibattuti della giurisprudenza e della dottrina nel periodo a ridosso dei primi anni del nuovo secolo. Sul tema, per una ricostruzione completa cfr. comunicazione della Commissione, COM(2005)569, cd. *Libro verde sul partenariato pubblico – privato*, che delinea la società mista come una figura comunitaria di partenariato, nella quale l'operatore privato sia stato selezionato a mezzo di procedure trasparenti e concorrenziali che abbiano ad oggetto non solo il ruolo operativo che questo è chiamato a fornire, ma anche il contributo alla gestione stessa in qualità di socio. E' ben chiaro quindi a livello europeo come il principio della gara a doppio oggetto, recepito nell'ordinamento interno, da parte del legislatore, soltanto a partire dalla riforma di cui art. 23 bis, fosse il tratto peculiare caratterizzante la figura in questione. Per la giurisprudenza interna cfr. Cons. St., parere 18 aprile 2007, n. 456, Cons. St., ad. Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1. In dottrina, *ex multis*, cfr. M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 121 ss; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, cit.; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi.it*, n. 8 del 2010

l'affidamento diretto ad una società pubblico – privata possa avvenire nel caso in cui il socio sia già stato scelto tramite gara, purché i criteri di scelta dell'operatore privato non siano soltanto attinenti al capitale da questi apportato, ma alle specifiche capacità tecnico – operative conferite nelle prestazioni che questo sarebbe chiamato a fornire nell'erogazione del servizio. Trova dunque riconoscimento la tesi maggioritaria nella giurisprudenza nazionale che già a inizio secolo individuava il rispetto della concorrenzialità del sistema nella scelta a monte del partner privato, piuttosto che nella rispetto del principio della doppia gara - per la scelta del socio e per l'affidamento del servizio¹³³. Il modello così delineato era già stato fatto proprio da una posizione del Consiglio di Stato¹³⁴ il quale, pur consapevole di mancate indicazioni da parte della giurisprudenza e normativa europea, sì da non potere elaborare una soluzione univoca, a mezzo di un parere aveva cercato di ricavare quelli che sarebbero stati i futuri indirizzi del giudice comunitario, puntualizzando poi le condizioni di ammissibilità della figura in una pronuncia resa in sede di adunanza plenaria.¹³⁵

¹³³ A proposito delle difformità emerse in sede nazionale si richiamano *ex multis*, Cons. St., n. 272 del 2005, Cons. St., n. 2297 del 2002, Cons. St., n. 192 del 1998, *contra* Cons. St., n. 2835 del 2001, Corte di giustizia amministrativa siciliana, n. 589 del 2006

¹³⁴ Nel parere del Cons. St., sez. II, n. 456 del 2007 viene innanzitutto precisata l'incompatibilità tra il modello in house e la società mista. A questo ne conseguiva che l'affidamento del servizio, anche se a doppio oggetto, dovesse necessariamente avvenire tramite una procedura ad evidenza pubblica. Trattandosi poi comunque di una procedura meno aderente al diritto comunitario di una gara per l'affidamento che fosse aperta a tutti, il ricorso alla società mista avrebbe dovuto essere sostenuto da adeguata motivazione, fermo restando che comunque la presenza del socio apportante il *know how* necessario allo svolgimento del servizio restava ancillare alle esigenze dello stesso, in quanto lo strumento previsto restava una modalità organizzativa a mezzo della quale l'amministrazione controllava l'affidamento disposto al socio operativo della società.

¹³⁵ Cons. St., ad. Plen., n. 1 del 2008., secondo la quale per ricorrere all'affidamento diretto a una società mista è necessaria la sussistenza di dati requisiti, quali l'esistenza di una norma specifica che consenta tale tipo di affidamento, una equiparazione tra la gara per l'affidamento del servizio e la gara per la scelta del socio privato operativo, la previsione dell'obbligo di rinnovo delle procedure selettive del partner privato alla scadenza del periodo di affidamento e l'impossibilità di estendere l'oggetto del servizio ad atti o attività non

4.1 Ultimi orientamenti e possibili sviluppi

E' possibile quindi affermare come il giudice comunitario, pur fissando parametri precisi e a volte restrittivi, riconosce alle amministrazioni nazionali la facoltà di scegliere il ricorso all'esternalizzazione o alla forma di autoproduzione. Le condizioni dettate in merito all'affidamento diretto attengono quindi sempre al *quomodo* e non all'*an* del ricorso a questo.

Tale assunto è ulteriormente confermato dalla circostanza secondo la quale, negli ultimi anni non si registrano sentenze di rilievo della Corte di Giustizia in merito al tema considerato, segno che anche gli ordinamenti più ritrosi a rendere l'istituto residuale e non semplicemente alternativo, hanno assimilato i principi e le regole che connotano la fattispecie. Nel caso italiano ad esempio, già nella legislazione di cui all'art. 113, comma 5¹³⁶, il legislatore interno si era limitato a prevedere la riproduzione della nozione, come emergente dai dettami del giudice comunitario. Inoltre, un implicito rinvio a dettami della giurisprudenza della Corte di Giustizia è confermato dall'assenza totale di criteri definitivi l'istituto nelle discipline generali in tema di affidamento dei servizi pubblici locali.

Se la configurazione dell'*in house* a livello europeo può dirsi quindi questione stabilmente assestata su posizioni quantomeno sufficientemente definite, vi è tuttavia da considerare le implicazioni conseguenti alla residua potestà in capo agli Stati membri di inasprire ulteriormente e rendere quindi più restrittivi i parametri per il ricorso al modello.

Nel momento in cui però le alternative di sistema sono generalmente riconducibili all'*in house*, affidamento in esclusiva o alla totale apertura al mercato, viene da sé che restringere i requisiti

originariamente contemplate.

¹³⁶ Il riferimento è al D.Lgs n. 269 del 2003, come convertito in L. 326 del 2003, che ha modificato l'art. 113, comma 5, del T.U. n. 267 del 2000, disciplinante le forme di affidamento dei servizi pubblici locali

per il ricorso alla prima forma condurrà inevitabilmente ad una espansione delle formule competitive.

Quest'ultima è proprio la linea di tendenza registrabile nella legislazione interna, dove l'in house è stato dapprima subordinato alla verifica dell'idoneità del mercato a soddisfare l'interesse generale, per poi essere circoscritto esclusivamente a fattispecie in cui il servizio affidato avesse un valore minimo quantificato dalla legislazione statale.

Pur essendo stato spesso oggetto di trattazioni riguardanti il tema di SPL, merita in realtà di essere sottolineato come l'in house non viene in considerazione all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia se non per l'applicazione dei principi espressi agli artt. 116 e 345 TFUE, e soltanto indirettamente, proprio grazie al riferimento delle controversie attinenti i contratti pubblici. Sono stati poi questi ultimi ad essere ricondotti all'applicazione della disciplina dei SIEG, in virtù di affermazioni volte a individuare la scriminante tra contratti pubblici e SIEG nella dimensione economica – rilevante o meno per l'applicazione delle norme europee – assunta dai servizi.

Bisogna prendere poi atto della circostanza che gli orientamenti più risalenti che tratteggiano comunque gli aspetti caratterizzanti la figura, sono espressione di un momento nel quale la necessità di condurre a una reale esplicazione delle regole concorrenziali, come paradigmi dell'azione dell'Unione avevano indotto la giurisprudenza comunitaria a definirne presupposti applicativi stringenti, così da rendere di fatto l'in house una eccezione rispetto alla regola concorrenziale, in modo da evitare che il soggetto affidatario dell'affidamento, in virtù della posizione ricoperta, potesse indebitamente trarre vantaggio a scapito di altri operatori, magari attivi in settori attigui.

Successivamente, quando il rispetto delle norme in tema di contratti pubblici e appalti era stata assimilato dagli ordinamenti nazionali, la

scelta intrapresa è stata quella di alleggerire lievemente i vincoli gravanti sull'autonomia organizzativa e produttiva dei soggetti gestori. L'assunto, concernente direttamente il generale principio di garantire la cd. autoproduzione nel rispetto della neutralità proprietaria, comprende fenomeni dei quali l'in house, pur non essendone unica espressione, fa sicuramente parte, in quanto modalità organizzativa ad essa assimilabile. La decisione di non vincolare l'autoproduzione a formule eccessivamente rigide e definite rappresenta il motivo che ha condotto l'Unione europea a non cristallizzare in un testo normativo i tratti caratterizzanti l'in house sino a tempi relativamente recenti.

Questo spiega il motivo per cui accanto a una situazione che già definisce in concreto e a volte analiticamente le possibilità di ricorrere a tale figura, si trovano affermazioni di principio che precisano come tuttavia vi sia un margine di intervento degli enti territoriali che non può essere limitato. Proprio in quelle che di fatto sono tra le ultime pronunce della Corte di Giustizia sul tema dell'in house compare nuovamente una affermazione di principio che, seppur non sembri introdurre elementi realmente innovativi per via della sua collocazione e per lo stesso contenuto, richiede particolare attenzione in virtù del contesto in cui essa è inserita.

In quella stessa pronuncia nella quale i Giudici europei ritornano sulla nozione di "controllo analogo"¹³⁷, viene precisato, seppur a mezzo di un *obiter dictum*, come un'Autorità pubblica debba avere la possibilità di adempiere ai compiti di soddisfacimento dell'interesse generale ad essa attribuiti mediante i propri strumenti tecnico – amministrativi, senza che possa prevedersi un obbligo di ricorso a forme di esternalizzazione nei confronti di entità non appartenenti alla propria organizzazione amministrativa¹³⁸. Il medesimo principio in fin

¹³⁷ CGCE, 13 novembre 2008, C - 324/07, cd. *Coditel*

¹³⁸ cfr. Sentenza cd. *Coditel*, cit. Cons. dir. n. 48

dei conti espresso in un' importante pronuncia più risalente ¹³⁹.

Muta tuttavia parzialmente il quadro di riferimento all'interno del quale la pronuncia più recente trova collocazione, nonché una conferma ancora più puntuale ¹⁴⁰. In tale ultimo caso infatti l'inciso si colloca in un contesto nel quale il requisito principale del cd. in house viene reso più elastico ed acquista, a parere dello scrivente, carattere di maggiore stabilità, dovuto alla circostanza che l'interpretazione della Corte in merito si è praticamente assestata. Non è infatti casuale che nell'ultimo lustro non è dato rinvenire pronunce significative sul tema.

Se dunque un lato si può arrivare ad affermare come, a livello di principio, sussista una alternanza tra le formule della autoproduzione e dell'esternalizzazione, ricavabile da principi oramai chiariti in merito alle formule organizzative, dall'altro non si può che tenere in considerazione come il quadro risenta dell'assenza di interventi della Corte di Giustizia, in specifico riferimento ai principi che governano gli affidamenti dei servizi pubblici locali, cui si continua invece a far riferimento indirettamente.

Poiché nell'ottica della normativa comunitaria ad assumere rilevanza, non è l'attributo di "locale" che connota il servizio, quanto la reale incidenza di questo sugli scambi tra Stati membri, tutte le pronunce hanno avuto come sfondo l'applicazione o meno della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e la conseguente aderenza alle regole in tema di evidenza pubblica *anche* dei SPL. Pertanto, sostenere che determinate modalità organizzative, quali l'in

¹³⁹ cfr. Sentenza cd. *Stadt Halle*, cit, Cons. dir. n. 48

¹⁴⁰ CGE, 9 giugno 2009, C - 480/06, cons. diritto 44, 45, 47 ove si precisa che un'autorità pubblica possa adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche. E' di conseguenza sottolineato come il diritto comunitario non imponga in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico.

house, siano sottratte all'ambito di intervento di specifiche discipline, è diverso dall'affermare che sia ricavabile da pronuncia alcuna un riconoscimento al diritto del singolo ente *locale* di ricorrere all'autoproduzione.

Ammettere tale possibilità, comporterebbe innanzitutto che l'Unione Europea sancisca la prevalenza di tale principio sulle previsioni difformi degli ordinamenti nazionali e conseguentemente individuare un appiglio teorico che al momento, se si escludono rapide evoluzioni del principio di sussidiarietà cd. verticale come fatto proprio dal Trattato di Lisbona, non è possibile rinvenire ove si tenga conto che la dimensione dell'ambito all'interno del quale il servizio è esercitato è aspetto residuale in confronto ad altri parametri che misurino l'impatto che l'erogazione di quel servizio può avere sul mercato comune.

A parere dello scrivente, sembra tuttavia al momento improponibile una soluzione che non tenga conto di come questa embrionale apertura, possa essere maturata assieme alla consapevolezza, da parte delle Istituzioni europee, dell'impossibilità di spingersi a definire parametri ancor più limitanti senza venire meno al rispetto del principio di neutralità proprietaria. Provocatoriamente, si potrebbe sostenere che un opposto orientamento avrebbe in teoria margini di intervento tali da inserirsi in un'ancora più invasiva definizione del criterio di proporzionalità, ai fini dell'applicazione del dettato di cui all'art. 106 TFUE.

In fin dei conti, anche considerati i limiti introdotti dalla giurisprudenza comunitaria, il primo parametro con cui l'autoproduzione deve misurarsi resta proprio il criterio di proporzionalità considerato.

In questo senso era perfettamente compatibile con i principi comunitari l'idea contenuta nella disciplina di cui all'art. 23 bis, o nel precedente disegno di legge A.S. 772 del 2006, cd. *Lanzillotta*, di

permettere all'Autorità nazionale svolgente compiti di regolazione, di esprimere un parere circa l'analisi di mercato fornita dall'ente locale che avesse fatto ricorso agli affidamenti in house, al fine di accertare in concreto l'assetto di mercato competitivo avesse o meno ostato all'adempimento delle missioni pubblicistiche preliminarmente definite.

Il principio di proporzionalità tuttavia mal si concilia, ed anzi recede nei mercati dei servizi pubblici locali, ove le modeste dimensioni degli ambiti territoriali rendono prevalenti le ragioni della neutralità comunitaria, e quindi della connessa autoproduzione pubblicistica.

5. Conclusioni

Se pertanto il nodo interpretativo in merito ai rapporti tra amministrazioni locali e mercato è solo parzialmente sciolto dalla visione comunitaria, in assenza di direttive o altre disposizioni di diritto derivato, l'iniziativa passa agli Stati membri, unici in grado di rendere la fornitura di servizi locali ancora più orientata sul fronte dell'esternalizzazione, quando non della vera e propria liberalizzazione. Questa è anche effettivamente la logica della disciplina recentemente ritenuta illegittima dalla Corte Costituzionale, nella quale le previsioni non interessate dalla sentenza ed inerenti la costituzione di ambiti territoriali ottimali non avrebbero escluso a priori la verifica della possibile presenza di assetti concorrenziali all'interno di date dimensioni territoriali, sulla base dell'assunto che non vi fosse mercato rilevante.

I servizi pubblici locali sono tuttavia connotati da altre specificità che li rendono particolarmente resistenti a processi di apertura che hanno caratterizzato altri settori.

In primis è lo stesso Ente locale ad essere storicamente ritroso a qualunque forma di apertura al mercato o più semplicemente avverso ad ogni modalità organizzativa che non consenta sulla società erogatrice del servizio un controllo idoneo a poterne indirizzare obiettivi, modalità di intervento e risultati.

Seppur faticosamente, questo modello delineatosi sin dall'inizio del '900 comincia ad essere scardinato nell'ultimo decennio del XX secolo. Preso atto delle tendenze evolutive a livello comunitario, il legislatore statale, complice una Corte Costituzionale molto attenta a mantenere un quadro delle fonti omogeneo, convinto della necessità di introdurre moduli competitivi anche nella gestione dei SPL ha pertanto adottato una serie di discipline sempre più sbilanciate a favore di modelli concorrenziali. Le resistenze degli enti locali, unitariamente a norme spesso oggetto di una redazione non adeguata ai fini prefissati, hanno tuttavia condotto a intravedere cambiamenti scarsamente significativi, quando non inesistenti nell'ottica dell'instaurazione di una concorrenza *nel* mercato.

Tuttavia, se si considerano le riforme del settore succedutesi fino al 2011, anche laddove si fosse registrata una desistenza "attiva" degli enti locali che avesse reso immune le discipline apprestate da Referendum e ricorsi con conseguenti statuizioni della Corte Costituzionale, non avrebbe trovato previa risposta la domanda circa le modalità attraverso le quali i mercati avrebbe potuto essere considerati appetibili da soggetti titolari di un'iniziativa anche privata. Da una parte quindi l'ordinamento comunitario non esclude che la scelta possa essere rimessa all'ente più vicino alle esigenze dei cittadini, ma dall'altro lascia che gli Stati membri possano prevedere discipline ancor più rigorose che vadano ben oltre i criteri che definiscono l'applicazione del principio di proporzionalità che orienta l'azione e la normativa comunitaria conformemente all'art. 106 TFUE.

Per questa ragione, le normative nazionali adottate negli ultimi anni hanno senza dubbio polarizzato l'alternativa autoproduzione – esternalizzazione, spesso limitandosi a recepire gli schemi comunitari. Negli ultimi tempi tuttavia, è stato soprattutto il secondo elemento del binomio ad essere valorizzato. Il riferimento è alla disciplina introdotta dal d.l. 112 del 2008 nonché la riforma di cui al d.l. n. 138 del 2011. Entrambe hanno limitato fortemente le possibilità di ricorso alla cd. autoproduzione, seppur con modalità distinte. Differenti vicende hanno tuttavia determinato la fine prematura di entrambe. Sarà compito dell'esposizione che segue individuarne pregi e difetti che possano aver concorso a rendere inevitabile tale esito.

CAPITOLO SECONDO

Il modello sostanziale di delegificazione: potere regolamentare e sindacato costituzionale in merito al riparto di competenze stato – regioni in “materia” di servizi pubblici locali.

Premessa

La ragione che ha indotto a svolgere una riflessione in merito a un aspetto apparentemente così residuale è data dalle tematiche che un discorso incentrato su tale tipo di fonte permette di affrontare, per via della trasversalità intrinseca delle questioni coinvolte e dei numerosi aspetti problematici che vengono in evidenza, a maggior ragione se uno tra i temi apicali del sistema delle fonti del diritto, quali appunto la delegificazione, si crea spazio tra le maglie di un settore che può essere considerato tra le pietre angolari del diritto amministrativo.

Aspetto quest’ultimo che rappresenta una novità. Se è infatti innegabile che nelle esperienze legislative anche recenti non siano mancati casi nei quali si è pensato di affiancare alla fonte primaria statuizioni di origine regolamentare¹⁴¹; pur tuttavia, non si è mai proceduto a mezzo della cd. delegificazione, né mai, in questo settore, attraverso un regolamento delegato si è giunti a incidere su un sistema di competenze degli enti, inserito in un contesto aggravato dalla

¹⁴¹ Si pensi al regolamento di attuazione previsto dall’art. 35 L. 448 del 2001, che avrebbe dovuto prevedere la distinzione tra servizi di rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza. Regolamento come noto mai emanato a seguito della procedura di infrazione aperta dalla Commissione. O ancora al d.p.r. n. 902/1986, che introduceva il convenzionamento tra comuni e l’estensione dell’attività aziendale al di fuori del territorio dell’ente proprietario, oltre l’introduzione di una contabilità di tipo civilistico e la facilitazione dell’accesso al credito

riforma costituzionale di inizio secolo¹⁴², che ha attribuito agli enti territoriali cd. minori quel valore autonomistico già previsto nell'originario disegno costituzionale.

Inoltre, in un quadro già di per sé complicato, vi è da aggiungere che i servizi pubblici locali sono rimasti ai margini delle politiche liberalizzatrici attuate a livello comunitario. Ciò per ragioni in parte politiche, dovute alla consapevolezza della inopportunità – ma si legga impopolarità - di una pretesa delle istituzioni comunitarie volta a incidere su lo stretto legame tra ente locale e collettività locali, nonché spesso per via della scarsa propensione degli stessi ad assumere dimensioni tali da diventare oggetto della normativa europea. Se pertanto già i servizi pubblici nazionali hanno scontato per lungo tempo la difficile e lenta attrazione nell'ordinamento comunitario¹⁴³ la situazione si è rivelata persino deteriorare per i servizi locali.

E in effetti, il diritto comunitario sul punto ancora oggi assume una posizione ambivalente¹⁴⁴, quantomeno al riguardo del raccordo tra autoproduzione e la tutela della concorrenza. Autoproduzione che è vero e noto elemento distintivo i servizi pubblici locali, nei quali le contraddizioni tra impresa e politica, esigenze sociali e di mercato, l'assenza frequente di mercati cd. *rilevanti*, impongono una riflessione più accurata in ordine a una netta esclusione della convivenza tra i profili funzionali dell'ente territoriale e tutela della concorrenza, soprattutto quando di fatto il mezzo prescelto per determinare il punto di equilibrio è anche una fonte di natura secondaria.

Si cercherà pertanto primariamente, partendo dall'analisi del dato positivo, di chiarire se delegificazione e servizi pubblici locali rappresentino un connubio bene assortito che possa inserirsi in un quadro dove i fattori di instabilità sono già sufficienti a determinarne

¹⁴² Il riferimento è alla legge cost. n. 3 del 2001 che ha riformato il titolo V della Costituzione

¹⁴³ Cfr. più approfonditamente *retro* Cap. I, parr. 3 ss.

¹⁴⁴ F. DEGNI, *I servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro Amm. – Tar*, 2005

un groviglio quasi inestricabile.

La riflessione merita di cominciare prestando attenzione alla circostanza che, fino ad oggi poca rilevanza sembra essere stata attribuita alla fonte prescelta per dettare la disciplina.

Anzi, spesso il regolamento è stato classificato, anche da chi è stato chiamato ad esprimere un parere proprio sulla base del suo contenuto, come regolamento di attuazione e non come un regolamento di cd. delegificazione, quasi dimenticando le notevoli differenze che intercorrono tra le due tipologie regolamentari.

Le conseguenze della promiscuità nell'uso della terminologia non è di secondaria importanza. La scelta di tale strumento pone infatti, in luogo di una mera fonte attuativa, alcuni problemi interpretativi, connessi non soltanto alla inusualità della preferenza accordata a tale tipo di fonte, ma anche alla presunta idoneità di quest'ultima a disciplinare la materia in questione.

Inidoneità che se fosse stata dimostrata, avrebbe rischiato di ripercuotersi sull'intero sistema, interessando aspetti che non attengono alla sola ripartizione di competenze tra enti secondo il modello generale delineato all'art.117 Cost.

L'eterogeneità delle possibili discipline riconducibili alla dizione di cd. servizio pubblico locale e la connessa questione della riconducibilità della materia ad uno piuttosto che un altro titolo di legittimazione appartiene a una tematica che, almeno per ciò che attiene i profili generali di affidamento e gestione del servizio, tuttavia non ha mai incontrato grosse incertezze nella Giurisprudenza costituzionale. Anzi, ultimamente la posizione della Corte ha assunto contorni ancora più netti nel senso della riconducibilità della disciplina alla competenza esclusiva statale di tutela della concorrenza.

Impostazione questa che escludeva *ab origine* che il regolamento delegato potesse ritenersi illegittimo per via della violazione della

pretesa simmetria sancita dalla riforma del titolo V Cost. tra competenze legislative e competenze regolamentari. Sarà anche possibile osservare come, anche qualora la Corte Costituzionale avesse adottato posizioni più sfumate, o meglio meno orientate alla riaffermazione di un centralismo legislativo, le interpretazioni in seno alla stessa avrebbero comunque probabilmente consentito di giustificare l'attrazione in campo allo Stato di una competenza regolamentare.

Nonostante questa considerazione, occorrerà tuttavia primariamente verificare le questioni riguardanti il rispetto del principio di legalità: trattazioni che richiedono di appurare propedeuticamente secondo quale accezione del medesimo principio esse vadano affrontate, per poi ricercare eventuali difficoltà teoriche ed applicative conseguenti ad eventuali sindacati di legittimità aventi ad oggetto il modello e la fonte prescelti.

Per queste ragioni, nonostante l'avvenuta abrogazione della disciplina, rende forse superflua ogni indagine circa la compatibilità del modello di delegificazione con la specifica normativa in esame, ma non induce tuttavia a desistere dalla necessità di riflettere in merito all'opportunità di ricorrere alla delegificazione laddove sia necessario apprestare una riforma dei servizi pubblici locali.

1. Principio di legalità e delegificazione nella tentata riforma dei servizi pubblici locali

La legge 400 del 1988, prima attuazione dell'art. 95 cost. ultimo comma Cost., colma un vuoto normativo protrattosi per oltre cinque decenni. Come noto, all'art. 17, essa affronta in maniera organica e sistematica la disciplina della potestà regolamentare, sostituendosi interamente alla previgente dettata con la L. n. 100 del 1926.

Emerge dalla stessa lettura del dato positivo come la delegificazione in sé altro non sia che la possibilità di disciplinare con una fonte di livello inferiore una materia che in origine era disciplinata dalla legge, seguendo determinati requisiti sostanziali, che nel nostro ordinamento sono stabiliti con legge ordinaria.

Ritenuta come valida questa definizione e considerato che le delegificazioni, seppur magari con termini diversi, avevano trovato ingresso nel nostro ordinamento già all'inizio del '900, si sarebbe poco indotti a pensare che ancora oggi l'istituto possa essere foriero di innumerevoli contraddizioni e problemi.

Andrebbe innanzitutto precisato che è ben chiaro alla dottrina¹⁴⁵, come si assista in Italia, ad una sorta di crisi di identità della fonte primaria propriamente intesa, incapace di svolgere l'usuale funzione di mediazione degli interessi e di direzione dell'azione del potere. Da un punto di vista pratico la delegificazione può quindi rappresentare insomma un tentativo di fronteggiare la difficoltà della legislazione parlamentare, razionalizzando le procedure sulla produzione delle norme giuridiche, secondo una tendenza che non accenna a diminuire.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Tra i tanti cfr. MODUGNO F. – NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. Soc.*, 1989, nonché F.MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, 2007

¹⁴⁶ Cfr. Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, ove viene evidenziato come nelle ultime 3 legislature, compresa quella attualmente in corso, sia considerevolmente aumentato il numero dei procedimenti di delegificazione. A

Un'attività normativa caratterizzata pertanto dal ricorso a procedimenti diretti a questo scopo, comporta la logica conseguenza della diffusione di atti¹⁴⁷ che meglio si prestano alla funzione di mediazione degli interessi che un tempo era esclusiva spettanza della Legge. La delegificazione insomma altro non rappresenterebbe che il percorso evolutivo del rilievo crescente che acquisiscono atti amministrativi, sempre più inclini ad assumere rilievo normativo, laddove invece la fonte primaria perde progressivamente i caratteri originari di generalità e astrattezza.

La situazione attuale, caratterizzata da una società estremamente diversificata e organizzata in gruppi sociali portatori di una pletora di interessi tra loro differenti e spesso difficilmente conciliabili sembra pertanto poter essere meglio inquadrata attraverso il ricorso a fonti che primarie non sono, capaci di meglio cogliere le diverse istanze presenti nella società attuale.

Quasi che la crisi della legge in senso stretto come fonte primaria sia stata la causa e la delegificazione abbia rappresentato per molti aspetti il sintomo dell'incapacità della stessa di far fronte al bilanciamento degli interessi in gioco. Contemporaneamente quest'ultima è astrattamente in grado di recepire le istanze di soggetti istituzionali o meno che rappresentano la diretta espressione di tutte le trasformazioni che a partire dall'inizio di questo secolo hanno condotto alla esplicita istituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, quanto meno in senso verticale, di cui all'art. 118 Cost. Constatazione questa che pare assurgere a ruolo di vera e propria esigenza, soprattutto nel settore dei servizi pubblici locali aventi

fronte dei 46 regolamenti nella XIII legislatura, è possibile assistere a ben 87 regolamenti nella XIV, a 66 nella XV e a 34 nella legislatura attuale. Un quadro di sintesi riassuntivo è reperibile al seguente indirizzo http://www.camera.it/cartellecomuni/Leg16/documenti/Rapporto_2010_Sintesi_del_contenuto.pdf

¹⁴⁷ Si pensi, per citare alcuni esempi alle Conferenze dei servizi, agli atti di indirizzo e coordinamento, agli accordi di programma, e a livello locale all'art. 34 T.U. 267/2000

rilevanza economica, in cui il nucleo portante della disciplina è di stretta competenza statale e il di cui esercizio vede come necessari interlocutori proprio gli enti territoriali minori e i privati cittadini.

E' pur vero però che il Legislatore non dovrebbe mai perdere la propria funzione di direzione e controllo nei confronti del potere esecutivo, proprio con particolar riguardo alla produzione dei regolamenti, se si vuole evitare che nel concreto l'attività di mediazione degli interessi possa essere interamente attratta nella disponibilità del potere esecutivo, senza che possa trovare un reale impatto la partecipazione o la previsione del parere di commissioni parlamentari, Consiglio di Stato o Conferenza Unificata. Partecipazione di altri soggetti che, se si guarda all'effettivo apporto attribuito, soprattutto dalle Regioni, già risente dell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale in merito all'applicazione del principio di leale collaborazione.

Prima di verificare l'atteggiarsi dei rapporti tra soggetti istituzionali durante il procedimento di formazione e gli effetti delle disposizioni emanate, è però fondamentale verificare se il regolamento, restando nella disponibilità del suo stesso autore, si tramuti di fatto in una sorta di attribuzione di potere normativo primario¹⁴⁸.

Affinché ciò non si verifichi l'ordinamento ha cura di introdurre precise limitazioni, che scongiurino poteri e attribuzioni non previsti a livello costituzionale, nel momento della dismissione della disciplina contenuta in una determinata materia dalla sede legislativa a quella regolamentare.

L'indagine non può tuttavia essere limitata al mero dato formale. L'inquadramento deve infatti essere operato premunendosi di poter osservare il fenomeno da prospettive che coinvolgono ambo le fonti,

¹⁴⁸ Come fa notare L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 626.

non guardando solo al soddisfacimento delle premesse che la stessa legge pone¹⁴⁹, ma anche analizzando la relazione, intercorrente tra legge autorizzante e regolamento delegato¹⁵⁰.

Scopo del lavoro non è tanto quello di verificare in via principale se il modello della delegificazione generalmente inteso sia conforme o meno a Costituzione¹⁵¹, quanto piuttosto accertare se la specifica procedura attinente la disciplina dei servizi pubblici locali possa ritenersi tale e, in caso di risposta affermativa, ricercare eventuali elementi che inseriti nel contesto generale riguardante il binomio in oggetto delegificazione – Spl - consiglino di procedere a una delegificazione in questo particolare ambito materiale.

In questa prima parte si tratta allora di verificare in concreto se la legge non abbia compiuto nulla di ciò che non potesse effettivamente fare e si sia attenuta al rispetto del modello fissato all'art. 17, comma 2, legge n. 400 del 1988. Nel caso l'accertamento desse esito negativo si tratterà di appurare quali siano i vizi riscontrati e le eventuali forme di tutela azionabili nei confronti dei regolamenti illegittimi.

Tutto sempre tenendo presente che molti degli aspetti problematici dovuti alla stessa natura della fonte secondaria prescelta si intersecano con gli ancora numerosi interrogativi in materia di servizi pubblici locali.

¹⁴⁹ L'art. 17, comma 2, l. 400/88 così dispone : 2. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari

¹⁵⁰ Termine quest'ultimo che potrebbe ingenerare confusione, in quanto si potrebbe essere portati a ritenere che il norme sia espressione di una licenza che alla fonte secondaria non è concessa, come fa notare L. CARLASSARE in *Regolamento*, cit. Per la medesima ragione già A.M. SANDULLI, in *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente* in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, p. 366 aveva proposto di denominarli "liberi" per sottolineare l'assenza di una reale subordinazione alle fonti legislative.

¹⁵¹ Dubbio che aveva già trovato risposta nella relazione al disegno di legge presentato in data 22.10.1984 diventato poi L. 400/1988.

1.2. L' Art. 17 comma 2 e l'adesione al principio di legalità

Poiché il principio in questione attiene all'assoggettamento della amministrazione in senso lato – quindi qualsiasi potere pubblico – alla legge, il primo aspetto da verificare attiene le modalità nelle quali tale subordinazione deve trovare espressione. L'argomento è nevralgico poiché attenendo l'ordine delle fonti normative ed in particolare il ruolo e dei limiti che incontra il fondamento della potestà regolamentare del potere esecutivo, ha ripercussioni anche sulla legittimità – *rectius*: legalità - della specifica disciplina esaminata.

Anche se i significati fondamentali che tale principio può assumere sono molteplici¹⁵² la trattazione sarà pertanto inevitabilmente parziale, limitandosi in questo paragrafo all'interpretazione del principio in quanto previa determinazione dei criteri generali dell'azione amministrativa da parte della legge.

Rispetto a tale profilo infatti, la dottrina pubblicistica è solita declinarlo con riguardo alla prefigurazione normativa del potere distinta in meramente formale o sostanziale e con riferimento eventuale a una predeterminazione normativa del fine.

Applicato all'azione del pubblico potere il principio prevede innanzitutto un'accezione formale, in virtù della quale ogni atto deve essere positivamente fondato sulla legge oppure dalla stessa espressamente autorizzato.

La fonte primaria indica pertanto l'oggetto e la "forma" in senso ampio attraverso la quale la pubblica amministrazione possa agire, rendendo però il "come" rimesso alla propria discrezionalità¹⁵³.

¹⁵² Per una ricostruzione ampia e comprendente i vari aspetti del principio cfr. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Utet, 1994

¹⁵³ La stessa esperienza recente è sintomo di una sorta di recessione del principio inteso in questo senso. Si pensi alla regressione della tipicità della forma dell'atto e all'art. 210cties, comma 2 l. 241 del 1990, oppure alle leggi di semplificazione (su cui v. infra) che si limitavano a prevedere una autorizzazione legislativa generale per specifiche categorie di atti.

Tale versione del principio può tuttavia includere anche la cd. “preferenza di legge”, da alcuni negata¹⁵⁴, la quale si limita a prevedere che i pubblici poteri non possano spingersi oltre i confini tracciati dalla legge stessa¹⁵⁵.

Il passaggio dell’azione del pubblico potere “entro i limiti della legge” all’azione solo “sul fondamento della legge” e la presenza all’interno della Carta di cd. riserve di legge ha condotto all’elaborazione della seconda accezione della conformità e dell’aderenza dell’azione amministrativa, non più concepita come attività da svolgersi solo entro i limiti previsti, ma anche in attinenza alla disciplina sostanziale intesa dalla fonte primaria, comprendente le modalità di esercizio dell’azione stessa.

Opera di predeterminazione che può anche conoscere dilatazioni, arrivando a circoscrivere il contenuto – in negativo - di ogni atto del pubblico potere, oppure arrivare a vincolarlo univocamente attraverso determinazione in ogni suo aspetto.

I contenuti di tale principio, come storicamente attuato, presentano una triplice funzione riconducibile alla regolazione del rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo per assicurare la preminenza del primo, all’instaurazione di forme di prevedibilità dell’azione di ciascun pubblico potere e alla coincidenza tra diritto oggettivo e legge parlamentare¹⁵⁶.

Con esclusivo riguardo al primo profilo, è necessario osservare che se il ruolo del Parlamento è quello di operare le scelte, selezionare gli

¹⁵⁴ Cfr. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del diritto*, XXIII, p. 670 ss., , il quale attribuisce al principio portata generale e valore costituzionale dedotto dall’art. 101, seppur non sembra possibile rinvenire all’interno dell’opera una accezione di legalità sostanziale comprendente anche l’indicazione delle modalità dell’azione del pubblico potere.

¹⁵⁵ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, il quale ne rinviene esempi nell’art. 4 Preleggi e nell’art. 5 l. 2248/1865

¹⁵⁶ Cfr. M.DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.* n. 1/2008

obiettivi e indicare gli interessi, è la legge che deve realizzare un primo intervento.

Osservando il modello generale stabilito all'art. 17, comma 2 della legge n. 400, potrebbe sembrare che ai fini del rispetto del principio di legalità in merito al tema in esame per potere procedere a una delegificazione sia necessario e sufficiente verificare l'assenza di riserve assolute di legge. Apparenza quanto mai lontana dalla realtà desumibile dall'interpretazione della norma.

Se infatti certamente un aspetto attiene l'individuazione di eventuali riserve nella materia dei servizi pubblici locali¹⁵⁷, la legalità non è riconducibile soltanto alla presenza o meno di una riserva.

Sorgono inoltre almeno altre due questioni che necessitano di essere preliminarmente affrontate e che comunque attengono la rispondenza del modello al principio citato.

La connotazione assunta dal principio di legalità non è infatti rinvenibile soltanto a mezzo di un giudizio circa il modello legale, ma deve essere ricostruito verificando l'aderenza allo stesso delle disposizioni concretamente apprestate, avendo come parametro di riferimento sia la legge che il regolamento delegato.

1.3. L'ampiezza e la portata del principio.

Se per alcuni autori il principio di legalità acquisisce pieno valore proprio perché è la stessa Costituzione rigida che impone allo stesso legislatore di attribuirgli pieno riconoscimento¹⁵⁸, tanto da indurre quasi a parlare di un principio di costituzionalità che ha sostituito il principio di legalità delle costituzioni flessibili, per altri tale riconducibilità alla Carta costituzionale non è altrettanto pacifica.

Non solo si è infatti dubitato del valore costituzionale del

¹⁵⁷ v. *infra*, par. 3

¹⁵⁸ L. CARLASSARE, *Il Ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990, p. 7 ss.

principio¹⁵⁹, o della estensione di questo anche ad atti non autoritativi della pubblica amministrazione¹⁶⁰, ma altrettanto autorevole dottrina, pur sostenendo la valenza costituzionale del medesimo, ha ritenuto impossibile l'estensione dello stesso ai regolamenti¹⁶¹, a vantaggio dei soli atti amministrativi concreti. Se però si dovesse accedere a una di queste interpretazioni o si dovesse comunque ritenere che la normazione a mezzo di legge si rende necessaria solo in presenza di una riserva, nel caso di specie si finirebbe per approdare a una analisi che includa soltanto le limitazioni introdotte con disciplina positiva.

Il principio invece, da intendersi come rapporto tra legge e la globale attività della pubblica Amministrazione, anche non normativa, non pare innanzitutto oggi essere più interpretabile secondo un'accezione meramente formale, soprattutto a seguito di importanti pronunce della Corte Costituzionale, la quale ne ha chiarito la portata sostanziale, la sua valenza costituzionale e la necessità di un'attribuzione del potere che sia specifica e non generica¹⁶².

Pertanto, almeno con riferimento al rapporto Parlamento – Governo, sembra *astrattamente* immune da censure l'ipotesi di delegificazione prevista dal comma 2 dell'art. 17, in quanto è comunque l'organo legislativo ad essere incaricato di indicare le “norme generali della materia” che dovrebbero delimitare il potere regolamentare ai fini di un sindacato giurisdizionale effettivo imposto dall'art. 113 Cost., grazie alla possibilità di un adeguato raffronto tra

¹⁵⁹ Su tutti cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II, Cedam 1984, il quale comunque arriva a intendere il principio di legalità in senso sostanziale e E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990, p. 53 ss.

¹⁶⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 81 ss.

¹⁶¹ L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Padova, 1965, p. 166 ss.

¹⁶² Su tutte C. Cost. n. 150 del 1982, con nota di F. TRIMARCHI BANFI, *Verso una “delegificazione” delle norme di principio*, in *Le Regioni*, 1982, p. 1169 ss, C. Cost. n. 307 del 2003, con nota di Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Le Regioni*, n. 1/2004; da ultimo cfr. Corte Cost. n. 115 del 2011, cfr. *infra* par. 5

la norma secondaria e quella primaria che ne costituisce il parametro di riferimento¹⁶³.

Questo modello consente infatti al Parlamento di intervenire sulle linee essenziali della disciplina senza dover dedicare eccessiva attenzione alla normazione di dettaglio, provocando quel *decongestionamento dell'organo legislativo*¹⁶⁴ che allo stesso tempo impedisce la penetrazione nell'attività parlamentare di microinteressi che si concretizzano in sfiancanti mediazioni tra forze politiche, spesso esulanti il perseguimento dell'interesse generale in luogo di quello clientelare. Fenomeno sempre più evidente, soprattutto laddove ne risulti che oggi un partito può essere rappresentato anche da singoli parlamentari.

Se però ci si sposta su un piano sostanziale si intuisce come l'eventuale violazione del principio di legalità non deve essere verificata alla luce del modello prefigurato, ma avuto riguardo alla concreta disciplina apprestata, premunendosi di accertare che attraverso difformità tra il dato positivo e lo schema previsto non si determinino situazioni nelle quali, come già avviene nel procedimento di delega legislativa, il Governo assuma una posizione di attore unico indiscusso, resa possibile proprio dagli incerti profili della nozione di "norme generali della materia"¹⁶⁵, questi ultimi strettamente collegati anche al necessario rispetto di una riserva di legge relativa, che pur non viene menzionata nel dato testuale del modello di delegificazione.

Anche se l'analisi in questa sede non inerisce la ricostruzione della

¹⁶³ Anche se poi nella pratica la giustiziabilità della delegificazione in generale non è così semplice .v. *infra* Cap. II

¹⁶⁴ C. LAVAGNA, *La delegificazione: possibilità, forme e contenuti*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969

¹⁶⁵ Preoccupazione già espressa da T. MARTINES al momento della presentazione dei disegni di legge in occasione della riforma che ha portato all'adozione della l. 400 del 1988, in *Delegificazione*, cit. p. 883

riserva come di un principio o quanto piuttosto di un istituto¹⁶⁶, sono invero da precisare i profili di possibile sovrapposizione tra la legalità e la riserva di legge relativa.

Innanzitutto è ben chiaro che la delegificazione è non è ammessa in casi di riserva assoluta.

La distinzione tra le due tipologie di riserva, esprime un'esigenza essenzialmente pratica sentita molto più da dottrina e da giurisprudenza¹⁶⁷ che non da reali indicazioni contenute nella Carta.

Da ciò ne consegue che secondo importante dottrina, la riserva – che ben può riguardare singoli oggetti, parti di una materia, modi di disciplina – debba sempre considerarsi assoluta, in quanto se di differenza tra le due tipologie si può discutere, questa può avere natura quantitativa, ma non qualitativa.¹⁶⁸ Il profilo, ai fini del presente discorso, può rilevare se si ammette che la tutela della concorrenza, cui è ascrivito l'intero ambito delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, sia o meno coperta da riserva di legge. Se si giunge a questa conclusione, considerando equiparate qualitativamente riserva relativa e assoluta, si dovrebbe concludere per l'impossibilità di procedere a delegificazione e quindi per l'illegittimità costituzionale già della legge autorizzante la delegificazione.

Quanto invece al rapporto tra principio di legalità e alla riserva relativa, è da constatare come siano espressioni a volte ritenute

¹⁶⁶ G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247ss, il quale rinvia ai significati etimologici e alle diverse posizioni dottrinarie in merito alla denominazione da attribuire alla riserva di legge.

¹⁶⁷ Cfr. Corte Cost. n. 4 e n. 30 del 1957

¹⁶⁸ Ed in tal senso cfr. S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963, p. 322 ss., C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, p. 67, L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 2000, p. 353 ss., il quale fa generico riferimento a materie "costituzionalmente riservate alla legge" con ciò sottolineando l'esclusione di una distinzione quantitativa tra le due tipologie di riserva già affermata in uno scritto precedente. v. *La potestà legislativa regionale*, cit., p. 17 ss.

sinonimi¹⁶⁹.

La riserva non disciplina né intende disciplinare l'oggetto indicato dalla norma, ma individua soltanto l'autorità avente la competenza esclusiva a fissarne i contenuti e, nell'agire in tal senso ben può distinguersi dai meri rinvii alla legge¹⁷⁰, nonché dai rinvii cd. costituzionali alla legge, che mancanti dei requisiti essenziali caratterizzanti la riserva di legge, intendono segnalare nelle intenzioni del costituente come la legge sia in realtà solo "*il mezzo normale e più idoneo, per la maggiore efficacia formale e per il raggiungimento dello scopo del quale si tratti*"¹⁷¹.

Riserva significa quindi che spetta soltanto al Parlamento, nei casi regolati dalla Costituzione, imporre regole generali e astratte nei confronti dell'oggetto che è ritenuto riservato.

Ma vi è in realtà una ragione precisa per la quale non può esservi sovrapposizione tra il principio e l'istituto della riserva. Ragione che merita di essere specificata, perché non affrontarla o ammetterla significherebbe indirettamente sminuire il principio di legalità stesso.

L'istituto della riserva si colloca, infatti, in una posizione di *promanazione* rispetto alla cd. legalità. Innanzitutto è ravvisabile un rapporto da *genus* a *specie* in base al quale il principio di legalità atterrebbe al rapporto tra legge e attività amministrativa nel suo complesso (dunque anche non normativa), mentre la riserva, delimitando l'esercizio del potere normativo spettante all'esecutivo si limiterebbe a imporre la disciplina in una determinata materia.¹⁷²

¹⁶⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., per il quale legalità in senso sostanziale e riserva relativa di legge tendono a coincidere.

¹⁷⁰ G.U. RESCIGNO, *Sul principio*, cit., il quale spiega come con il rinvio, a prescindere dall'autorità rinviante o dall'atto o il fatto normativo rinviante, non si ha una disciplina con prescrizioni specifiche dell'oggetto, ma viene prescritto all'operatore giuridico di "*reperire le disposizioni da applicare al caso nell'atto (o fatto) indicato*"

¹⁷¹ L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, p. 78 ss

¹⁷² E. CASETTA, *Manuale*, cit.

Ne discende che, come è stato fatto giustamente notare¹⁷³, la riserva non appresta la disciplina, quanto piuttosto stabilisce l'individuazione del soggetto competente ad emanarla.

Ebbene, tale rapporto tra l'istituto e il principio viene in rilievo proprio nella definizione di quelle che sono le norme generali della materia che dovrebbero delimitare e indirizzare l'esercizio del potere regolamentare delegato.

2. Norme generali o principi direttivi?

Precedentemente l'approvazione del modello generale di delegificazione vi era chi sosteneva che il modello che si andava a configurare non appariva idoneo a garantire che la suddivisione del potere normativo potesse essere spostato a vantaggio ora del Parlamento ora del Governo, per via dell'interpretazione della quale era passibile il concetto di “norme generali della materia”¹⁷⁴.

Tale nozione contenuta nella legge ordinaria riveste infatti particolare importanza sotto un duplice aspetto.

Nell'ipotesi che la delegificazione intervenga in materie coperte da riserva relativa di legge, accedendo alla teoria citata che vuole la sovrapposizione tra legalità e riserva relativa, se ne dovrebbe concludere che sarebbe proprio il riferimento alle norme generali dettate dal legislatore ad assicurare almeno astrattamente il rispetto del principio di legalità. Affermazione che, come già accennato, condurrebbe comunque a negare la portata generale della legalità, da ravvisarsi soltanto ove sussista una riserva di legge¹⁷⁵.

E con ciò prescindendo dalla circostanza che, come ricordato, quella tra riserva di legge relativa e assoluta è una distinzione che non

¹⁷³ G.U. RESCIGNO, *Sul principio*, cit.

¹⁷⁴ T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, p. 883

¹⁷⁵ Secondo le posizioni di G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 53

è riscontrabile nel tenore letterale del testo costituzionale¹⁷⁶.

Da questa interpretazione ne deriverebbe però come immediata conseguenza quella di non ravvisare alcuna necessità del rispetto del principio di legalità tutte le volte in cui la riserva di legge – anche relativa – fosse assente, discendendone che in simili casi vi sarebbe nuovamente la necessità di tornare a interrogarsi circa il fondamento della potestà regolamentare del potere esecutivo..

Diversamente, qualora si tenessero ben distinti i due concetti, anche in assenza di una riserva di legge, se ne dovrebbe concludere che la pervasività del principio di legalità impone la presenza di norme generali idonee costituirebbe il primo parametro per la verifica del rispetto principio stesso.

2.1. Le norme generali della materia

Innanzitutto, nel caso di specie, vi è già la fortuna di non dover interrogarsi circa la possibilità di procedere a delegificazione a mezzo di “atti aventi forza di legge”, in quanto il legislatore in questo caso ha provveduto a mezzo di legge formale, fonte unanimemente riconosciuta dalla dottrina come idonea a introdurre tale procedimento¹⁷⁷. Il modello generale in sé, quanto alla forma dell’atto prescelto per dar vita a tale procedimento può infatti essere ritenuto in sé valido qualora siano le leggi della Repubblica e non atti equiparati a introdurlo.

Ciò non toglie comunque che il riferimento alla necessaria

¹⁷⁶ Ed è bensì opera della dottrina e della giurisprudenza, come già ravvisava L. PALADIN, *La potestà normativa regionale*, cit., già sul finire degli anni '50 del secolo scorso.

¹⁷⁷ Esattamente come sostenuto da U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 85 ss. ; E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo*, cit. *contra* A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, 1993, il quale ammette invece delegificazioni a seguito di delega legislativa.

presenza di norme generali non inerisce uno dei requisiti indispensabili della fonte primaria, bensì l'oggetto stesso che definisce la legge autorizzante la delegificazione, ovvero la modalità attraverso la quale queste norme, in base al contenuto che è loro proprio, delimitino il potere regolamentare che si intende delegare.

L'allontanamento dal modello prefigurato dalla legge 400 potrebbe dunque costituire quindi un'attribuzione di potere normativo in bianco, o quantomeno sostanzialmente legislativo¹⁷⁸, dato che nel momento in cui la legge autorizzante contiene disposizioni blande e poco pregnanti determina una sorta di attenuazione del confine tra delega legislativa e delegificazione a seguito dell'accostamento dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 76 Cost. con le norme generali della materia di cui all'art. 17, comma 2, l. 400 del 1988.

Accostamento che però significa in realtà sminuire il significato dello stesso concetto di norma come inteso dalla disciplina sostanziale del modello, sì che da generale tale norma diventa in realtà "generica", determinandosi così nella prassi una mancata aderenza, costituzionalmente illegittima, della normativa specifica al modello generale¹⁷⁹.

La genericità di tale rinvii contenuto nella legge autorizzante degrada infatti l'indicazione di quelle che dovrebbero essere le norme generali della materia a *mere finalità* che si propone di raggiungere il legislatore.

Fatto ancora più grave se, considerati i rigorosi limiti fissati per l'approvazione di atti aventi forza di legge imputati al governo, è difficilmente immaginabile ipotizzarne di più labili ai fini della

¹⁷⁸ G. TARLI BARBIERI, *Su un regolamento di delegificazione autorizzato da un decreto legislativo : dalla centralità del Parlamento alla centralità del Governo nella produzione normativa?*, in *Le Regioni*, 1/1999, Nota a sentenza n. 335 del 1998, p. 143

¹⁷⁹ G.U. RESCIGNO, *Sulla principio di legalità*, cit., anche se tale autore lo riconduce al fenomeno della estensione con riferimento all'individuazione delle norme da abrogare, e F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, 1991, p. 85 ss.

operatività di norme secondarie, visto che il grado di effettività e cogenza nei confronti dei destinatari resta comunque il medesimo¹⁸⁰

La violazione delle prescrizioni di cui all'art. 17, comma 2, non è però infrequente¹⁸¹ ed è oramai divenuta prassi normativa la dinamica per la quale il legislatore, allorché autorizzi una delegificazione si limiti a stabilire che il Governo deve rispettare norme generali della materia che in realtà sono sostanzialmente principi e i criteri direttivi.

Nella fattispecie in esame però, se escludiamo il rinvio¹⁸² quasi pleonastico¹⁸³ all'applicazione della disciplina comunitaria, non sembra che, analizzato singolarmente quest' aspetto della disciplina sostanziale, possano rinvenirsi conferimenti impropri al potere esecutivo dovuti all'eccessiva genericità delle disposizioni contenute nella fonte primaria, in quanto nel prosieguo del testo¹⁸⁴ il legislatore è stato molto attento e preciso nel delineare le forme di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali. E il grado di specificità raggiunto è tale che quella contenuta nel regolamento sembra assumere valore di mera normazione di dettaglio¹⁸⁵ delle procedure di

¹⁸⁰ Circa la differenza tra norme generali e principi e criteri direttivi v. A. CERVATI, *A proposito di regolamenti delegati, regolamenti autorizzati e delegificazione in una attribuzione di potestà normativa dell'esecutivo che suscita molti interrogativi*, in *Giur. Cost.*, 1995, 1848 ss.

¹⁸¹ La commissione Bicamerale D'Alema provò a porre un rimedio attraverso la redazione di un nuovo art. 98, comma 2, Cost. che autorizzava i regolamenti ad abrogare e modificare norme di legge nelle materie non coperte da riserva assoluta previa determinazione dei principi essenziali di disciplina della materia. In sostanza si limitava a “costituzionalizzare la distorsione” senza affrontare il problema del rapporto Parlamento – Governo, come ha fatto notare G. TARLI BARBIERI, *Su un regolamento*, cit.

¹⁸² L' art. 23, comma 1, come modificato dall'art. 15 d.l. 135/2009, convertito il l. n. 166/2009 così recita [...] *al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni*

¹⁸³ Dato che si tratta comunque di principi o disposizioni che non necessitano certo di essere recepite o comunque specificati in atti interni e che per la stessa ragione non sono in grado di delimitare adeguatamente l'esercizio del potere regolamentare.

¹⁸⁴ Art. 23 comma 2 e seguenti

¹⁸⁵ In particolare art. 3 Reg. n. 168 del 2010. Proprio questa specificazione ha portato probabilmente qualcuno a pensare erroneamente si trattasse di semplice regolamento di attuazione.

gara.

Si potrebbe anzi addirittura sostenere che proprio l'indicazione di quelle finalità imposte dal diritto europeo, se associate come in questo caso a disposizioni che fissano in modo chiaro le modalità di affidamento del servizio, valgano a specificare le attribuzioni del potere regolamentare non solo sotto il profilo oggettivo, ma anche modale.

Di conseguenza non parrebbe quindi avventato affermare che l'indicazione dei fini, laddove questi ultimi sono valorizzati da disposizioni che dettano il *quomodo* del loro stesso perseguimento, in questo contesto possa far collimare le due accezioni della legalità¹⁸⁶.

Infatti, il fine contenuto nella fonte primaria acquista valore dirimente se oltre ad essere ritenuto contenuto minimo ed indispensabile diviene parametro di valutazione per le restanti disposizioni, quando queste ultime concretamente delimitano o comunque indirizzano il potere regolamentare, perimetrando la materia attraverso vere e proprie norme generali e non semplici principi direttivi.

L'elemento teleologico assume pertanto rilevanza quando è sorretto da norme sostanziali che possano effettivamente orientarlo, e così facendo si può cogliere come il vero elemento distintivo della legalità sostanziale non sia tanto l'indicazione del risultato da raggiungere - che appunto a volte può degradare a mero criterio ispiratore -, quanto piuttosto il condizionamento modale che ne rappresenta l'essenza, a sua volta limitato dal fine, in una reciproca e periodica interdipendenza con lo stesso.

Non pare quindi che il legislatore, nel configurare il potere esecutivo, sia stato colto alla sprovvista nel fissare norme generali che

¹⁸⁶ Non a caso S. FOIS, in *Legalità*, cit. pur sostenendo l'impossibilità di addivenire a un principio di legalità sostanziale considerava il fine espresso dall'intervento della legge come elemento minimo e necessari *contra* L.CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento*, cit., la quale attribuisce al fine della norma un significato più pregnante dal punto di vista quantitativo.

aderissero al principio di legalità sostanziale, se escludiamo un aspetto del quale si affronterà la trattazione più avanti.¹⁸⁷

2.2 E la materia delle norme generali...

Se un problema effettivamente sussiste questo riguarda la materia che tali norme generali dovrebbero andare a disciplinare. A livello teorico il problema sembrerebbe fornire una prima chiave interpretativa idonea a condurre a un'agevole soluzione, per mezzo dell'individuazione del parallelismo tra disciplina e materia.

La difficoltà consiste proprio però nel rinvenire la disciplina che sia idonea a individuare la materia. E viene da sé che maggiore sarà la puntualità delle “norme generali” e più semplice risulterà questa operazione di tecnica legislativa.

Il primo punto di indagine è palesa immediatamente quanto infelice sia stato il termine “materia” adoperato dal legislatore. Importante autore¹⁸⁸ ricordava come in dottrina il concetto costituzionale di materia fosse ricostruito attraverso il riferimento a materie che erano sottratte a particolari procedimenti oppure attribuite alla competenza di enti territoriali minori o comunque riservate dalla Costituzione alla legge. Se pertanto ci si limita a voler identificare la disciplina, il procedimento ricognitorio può aver luogo attraverso un *criterio principalmente di esclusione*.

La delegificazione infatti per definizione interviene in presenza di norme legislative preesistenti, ed è evidente che sussisterà già una disciplina che avrà identificato quantomeno le vigenti disposizioni concretamente apprestate, ed alle quali si farà riferimento, vuoi per consentire il dispiegarsi dell'effetto abrogativo previsto dalla legge autorizzante la delegificazione, oppure anche per precisare i settori da

¹⁸⁷ v. *infra*, par. 4

¹⁸⁸ G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, p. 26 ss.

ritenersi esclusi dall'intervento normativo.

Se quindi il concetto costituzionale di materia viene ricostruito sotto il profilo puramente contenutistico, magari attraverso una tecnica identificativa volta ad evidenziare elementi comuni per determinate discipline, ne consegue che nella delegificazione il riferimento alla "materia" contenuto nel dato sostanziale dell'art. 17, comma 2, assume quindi in realtà una funzione servente alla fissazione dei confini del regolamento.

Quindi, una volta che si sia escluso di trovarsi in presenza di "materia" legislativa¹⁸⁹ coperta da riserva assoluta di legge, laddove si faccia riferimento alla materia non si può intendere solo il mero ambito materiale. Pertanto, individuata la disciplina di intervento, ai fini di accertare che il potere regolamentare sia rispettoso del principio di legalità sostanziale, il concetto di "materia" serve soltanto a determinare l'estensione e la configurazione delle norme generali, nonché la verifica da parte del regolamento del rispetto dell'ambito di intervento fissato proprio dalle norme generali.

Ad ogni modo, l'uso improprio del termine contenuto nella legge n. 400 in luogo di quello di "disciplina" è particolarmente evidente nei processi delegificanti, e come si avrà modo di appurare, manifesterà tutta la sua inadeguatezza proprio a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, considerate le difficoltà sorte soprattutto nei giudizi innanzi alla Corte Costituzionale¹⁹⁰.

Poiché infatti il termine "disciplina" manca di un riferimento costituzionale pregnante come quello di "materia", una differente formulazione della dizione avrebbe reso più improbabile pericolose sovrapposizioni con tematiche che non riguardano soltanto aspetti relativi la potestà regolamentare, ma anche questioni inerenti la competenza di enti territoriali differenti dallo Stato.

¹⁹⁰ Su cui v. *infra* par. 5

Si potrebbe obiettare che comunque la delegificazione richieda precisi testi su cui potersi realizzare e che sia la legge di volta in volta a determinare l'ambito materiale di intervento. Il problema così è solo però apparentemente risolto.

Primo perché tale operazione è di fatto compiuta solo di rinvio dalla legge autorizzante, considerato che è la disciplina previgente a determinare in prima battuta il reale campo di applicazione.

E' vero che tuttavia, astrattamente il perimetro applicativo sarebbe delimitato ulteriormente dalla fonte primaria attraverso l'individuazione delle norme da abrogare. Nella prassi però quasi sempre il regolamento delegato a individuare puntualmente le disposizioni abrogate. E questo determina che a individuare la materia concorre in realtà anche lo stesso regolamento.

Ma anche se così non fosse e quantomeno quest'ultimo aspetto fosse rispettato nell'esercizio del potere regolamentare, non si eviterebbe di ritrovarsi *discipline* previgenti che abbiano in realtà trattato aspetti di *materie* tra loro interconnesse..

Ed è proprio ciò che è avvenuto anche in questo caso. Spetta allora all'interprete la ricostruzione del perimetro di intervento della delegificazione.

Le disposizioni dell'art. 23 *bis* impugnate infatti sono state quasi tutte dichiarate dal Giudice delle Leggi riconducibili alla materia di tutela della concorrenza.

In discussione qui non è però la funzione di supplenza della Corte Costituzionale, diventata consuetudine dopo l'entrata in vigore del nuovo titolo V, bensì il paradosso risiedente nella circostanza che la nozione di ambito di intervento della normazione viene ricostruita dal Giudice soltanto al fine di determinare la competenza di uno o altro Ente ad introdurre una disciplina. Questione che non trova punti di contatto con la delimitazione del potere regolamentare attribuito all'esecutivo da parte di quello legislativo, quanto casomai con la

legittimazione dello stesso quando ci si trovi in presenza di materie astrattamente riconducibili alla competenza regionale residuale o concorrente.

Il punto di equilibrio da definire tra legge e regolamento è pertanto in sostanza indirettamente ricostruito soltanto in subordine alla verificata distribuzione tra competenze di enti territoriali.

Ciò anche perché, mentre sono numerose le statuizioni intervenute in presenza di ricorsi proposti in via principale inerenti la ripartizione delle competenze Stato – Regioni, decisamente più limitate sono le pronunce della Corte sul grado di determinatezza delle norme regolatrici della materia, ricostruite sulla base della distinzione con i principi e i criteri direttivi di cui alla delega legislativa contenuta all'art. 76 Cost¹⁹¹.

Diversamente non potrebbe essere, poiché anche se è la Corte a giudicare della legittimità costituzionale della legge abilitante il governo all'adozione del regolamento, l'eventuale vizio rilevato deve essere riconducibile esclusivamente alla fonte primaria¹⁹². Esclusi ovviamente particolari casi in cui sussista una cd. *legificazione* oppure *continuum normativo* tra fonte primaria e secondaria evidenziato dal giudice remittente¹⁹³.

E pur tuttavia anche vero che qualora la Corte Costituzionale avesse ravvisato un profilo di legittimità costituzionale inerente la genericità del contenuto delle “norme generali” avrebbe potuto sollevare innanzi a sé tale questione, evento mai avvenuto.

Si è rivelata pertanto nella pratica fondata la preoccupazione di

¹⁹¹ Su tutte cfr. Corte Cost. sentenza n. 303 del 2005, pronuncia dal quale oltretutto trapela come effettivamente per materia si intenda la disciplina concretamente apprestata

¹⁹² Vizio che può riguardare l'incostituzionalità dei principi posti oppure l'omissione degli stessi in materie che li richiedono, mentre il vizio proprio ed esclusivo del regolamento è rimesso al sindacato del giudice amministrativo, cfr. a tal proposito sentenza Corte Cost. n. 427 del 2000

¹⁹³ Sulla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti regolamentari v. *infra* Cap.III

chi¹⁹⁴ sosteneva che andava determinato se la *ratio* fondante della legge n. 400 era quella di determinare ambiti di competenze materiali oppure operare una distinzione delle funzioni nell'ambito della stessa materia.

2.3 E il giudice amministrativo in sede consultiva?

La necessità del rigoroso rispetto dei requisiti fissati dalla legge 400 del 1988 non sembra essere stata avvertita neppure dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato.

E a dir la verità ciò non costituisce novità alcuna, dato che già in tempi risalenti¹⁹⁵ il Giudice amministrativo aveva ritenuto ammissibile un procedimento di delegificazione nel quale la legge non aveva previsto le norme generali della materia. Conclusione probabilmente raggiunta in base all'assunto che a delimitare i confini del regolamento vi fosse già una normativa precedente non inserita nel procedimento di delegificazione che fosse idonea pertanto a preservare i tratti dell'istituto.

In tale interpretazione la fonte regolamentare sarebbe pertanto da considerare indirettamente limitata proprio da una fonte primaria che non corrisponde però a quella che dovrebbe fissare le norme generali. Fonte che indiscutibilmente in questo caso sarebbe il Testo unico degli enti locali di cui al D.lgs. n. 267 del 2000.

Ne emerge come secondo tale pronuncia del supremo Consesso amministrativo il principio di legalità potesse ritenersi rispettato nei casi in cui la circoscrizione del potere regolamentare si potesse dedurre anche da norme non direttamente attribuenti tale potestà, ma da altre che, per la loro stessa natura, non erano neppure chiamate

¹⁹⁴ G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995

¹⁹⁵ Consiglio di stato, parere espresso in merito allo schema di regolamento n. 101/1990

quindi a svolgere il ruolo di normazione generale della materia. E non è infatti un caso se lo stesso Giudice, con il parere reso in occasione della presentazione dello schema di regolamento¹⁹⁶ di cui alla riforma in oggetto, ha mantenuto l'approccio "morbido" senza fare menzione alcuna alle problematiche inerenti il rapporto tra fonti. Se però è vero che in questa specifica circostanza non si pongono dubbi circa l'effettiva delimitazione del potere normativo dell'esecutivo con riferimento alle norme materiali, ad esso è strettamente connesso un altro profilo che potrebbe invece presentare aspetti di maggior problematicità : l'abrogazione delle norme previgenti.

Prescindendo infatti per il momento dal tema dei controlli giurisdizionali in generale è noto che il Consiglio di Stato abbia avallato non solo e non tanto la carenza di norme generali della materia, ma anche la mancata indicazione in legge delle norme legislative previgenti da ritenersi abrogate¹⁹⁷, sull'assunto che anche l'effetto abrogativo è riconducibile alla fonte che autorizza la delegificazione.

In questo senso si può nuovamente cogliere quella distinzione già esaminata tra legalità formale e sostanziale. Sostenere che l'effetto delegificante riguarda l'oggetto stesso della delegificazione e non le singole disposizioni, induce a ritenere come vigente un principio di legalità formale, che non disciplina pertanto compiutamente il modo

¹⁹⁶ Con il parere n. 2415 del 2010, pur esprimendosi favorevolmente circa le disposizioni contenute nella fonte secondaria – seppur a condizione di alcune modifiche - il supremo consesso amministrativo non si pronuncia circa la delimitazione del potere regolamentare. Anche se la posizione pare giustificata dall'assenza di effettive esigenze in tal senso, dato che lo stesso Giudice chiarisce come nella sostanza, pur trattandosi di delegificazione, il regolamento abbia il "*compito di attuare la riforma legislativa appena varata*" nelle considerazioni espresse si limita a richiamare l'art. 23, comma 1, l. 166/09, che non a caso chiarisce come il riordino ad opera della normativa sia finalizzato a favorire la più ampia diffusione di "principi a tutela della concorrenza, lasciando altresì emergere come per lo stesso la materia sia la tutela della concorrenza e la disciplina interessata dalla delegificazione sia quella contenuta nell'art. 113 d.lgs. 113 del 2000.

¹⁹⁷ Cfr. Consiglio di Stato ad. Gen. n. 112 del 1994

in cui tale effetto debba esplicarsi. Simile caso ricorrerebbe soltanto ove il regolamento disponesse in concreto l'abrogazione delle disposizioni che dovrebbero continuare tuttavia a essere compiutamente individuate dalla legge. E' infatti innegabile che l'effetto abrogativo decorra dall'entrata in vigore del regolamento, ma ciò non può autorizzare a farvi rientrare in tale effetto anche la possibilità di determinare su quali disposizioni vada ad incidere. La fonte secondaria è infatti soltanto "condizione"¹⁹⁸ e non elemento essenziale affinché tale effetto si produca.

E' pertanto da rigettare un'interpretazione volta a sostenere possibile l'inserimento nei regolamenti di disposizioni contenenti l'abrogazione di norme previgenti anche se la legge abilitante nulla dice in proposito.

3. L'abrogazione delle norme previgenti

La formulazione della previsione inerente l'abrogazione contenuta nella legge in esame è molto chiara : la legge si limita a stabilire l'abrogazione delle norme *incompatibili* con la disposizione suddetta, lasciando che la fonte subordinata individui espressamente le norme abrogate. le norme in questione,

Solo questa constatazione condurrebbe a sospettare di palese incostituzionalità le norme in questione, anche se in questo caso è possibile introdurre un elemento che differenzia alcune statuizioni da altre.

In questo aspetto la disciplina esaminata si rivela soltanto una ulteriore manifestazione dell'allontanamento dal modello generale delineato dall'art. 17, comma 2¹⁹⁹, ma tale divergenza ha l'aggravante di non

¹⁹⁸ Secondo definizione di V. COCOZZA, *La delegificazione, modello legislativo e attuazione*, Jovene, 2003, p. 138

¹⁹⁹ E' infatti sufficiente ricordare ad es. l'art. 15 del d.lgs. 436 del 1996 che

provare neppure a trovare giustificazione nell'elaborazione di un archetipo differente delineato da una legge ordinaria.

Nel momento in cui la legge stabilisce infatti l'abrogazione delle disposizioni che sono incompatibili con la novella²⁰⁰ non si comprende perché allora non potesse essere l'Interprete a verificare l'abrogazione tacitamente realizzata delle norme cui fa riferimento la legge. Il regolamento²⁰¹ però non si limita a riconoscere le norme incompatibili²⁰² dell'art. 113 del TUEL, ma precisa anche le incompatibilità della normativa all'epoca vigente con lo stesso art. 23 bis della riforma²⁰³. E' cioè esso stesso che determina in cosa la legge fosse incompatibile con la legge precedente.

Scopo del regolamento è però quello di agire secondo le finalità che la legge ad esso attribuisce. Finalità che in tal caso erano di armonizzazione tra la disciplina generale e quelle settoriali²⁰⁴.

Si produce invece inequivocabilmente un fenomeno che rappresenta un crocevia tra ipotesi formulate dalla dottrina: perché da una parte è vero che viene identificato l'atto legislativo sottoposto all'abrogazione, ma è il regolamento che con le sue specifiche statuizioni a determinarle, seppur con il rinvio a un parametro – l'incompatibilità – stabilito dalla legge.

Si potrebbe obiettare che la lettura del concetto di "incompatibilità" sia mitigato dalle restanti disposizioni, sì che se ne possa dedurre che le disposizioni abrogate trovano il loro minimo comune denominatore

autorizzava l'emanazione di regolamenti ministeriali (oltre a prevedere una delegificazione a mezzo di delega legislativa..), oppure l'art. 20 della l. n. 59 del 1997 che oltre a prevedere principi e criteri direttivi, quasi si trattasse di una delega, in luogo di norme generali, rimetteva al regolamento la ricognizione delle norme da abrogare. Sul punto comunque si veda più approfonditamente *infra*

²⁰⁰ L'art. 23, comma 1 recitava testualmente : “ L'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo”

²⁰¹ Cfr. art. 12 reg. n. 168 del 2010

²⁰² Cosa che accade all'art. 12, comma 1, lett. A)

²⁰³ Art. 12 reg., comma 1, lett. b) e c)

²⁰⁴ Art. 23 bis l. 166 del 2009 , comma 10, lett. d)

dall'essere poco coerenti con la *ratio* ispiratrice della riforma, caratterizzata per definire nuove priorità nell'ambito delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali e nell'armonizzare le varie discipline presenti. Visto in quest'ottica il principio di legalità formale potrebbe dirsi soddisfatto dalla ricostruzione della finalità della legge attraverso una semplice esegesi testuale dell'intero articolo 23 bis.

Se però così fosse non si comprenderebbe allora perché, sempre tra le disposizioni abroganti, ne figuri una che non si pone né nell'ottica di armonizzare la disciplina speciale con quella generale, né tantomeno di perseguire la generale finalità di apertura al mercato²⁰⁵.

L'intero discorso svolto conduce a una prima conclusione : se vi sono soltanto principi e criteri direttivi non vi è alcuna materia che viene regolata, e pertanto nessuna riserva può ritenersi violata. Quando invece le norme generali della materia possono invece dirsi sufficientemente chiare e pregnanti, le esigenze proprie della riserva relativa possono dirsi soddisfatte. E questo aspetto è quello che nella pratica conta maggiormente, poiché è molto difficile che si verifichino situazioni nelle quali le leggi disponenti delegificazioni investano materie riservate in modo assoluto alla legge²⁰⁶, ma è appunto frequente che siano sostituite da principi e criteri direttivi che rendano lo schema dell'art. 17, comma 2, molto più vicino a quello della delega legislativa.

Nel momento però in cui la legge autorizzante, con riferimento

²⁰⁵ Il riferimento è all'art. 12, comma 3 reg. cit. il quale recitava “ All'art. 18, comma 3 bis, secondo periodo, del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 e successive modificazioni, la parola “esclusivamente” è soppressa. L'operazione, come fa notare A.VIGNERI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit. p. 31 si pone proprio in direzione contraria alle finalità generali espresse nella legge autorizzante, in quanto il comma abrogato disponeva che “trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati *esclusivamente* tramite le procedure concorsuali [...]”. E' pertanto in realtà palese “*l'intento di agevolare l'utilizzazione di forme di affidamento non concorsuali*”

²⁰⁶ Per una compiuta ricostruzione anche dei profili anomali della delegificazione v. S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Cedam, 2001

all'oggetto della delegificazione, dovesse porre limiti blandi, si lascerebbe allora maggior spazio allo stesso potere regolamentare di determinare quali siano le norme abrogande che la legge ha individuato come incompatibili, perché la nozione di "incompatibilità" può arrivare ad assumere portata quasi omnicomprensiva, dato che la sua ampiezza è direttamente proporzionale alla genericità dei limiti imposti al potere regolamentare tramite una scarsa definizione di quelle che dovrebbero essere le norme generali della materia.

4. Il percorso di avvicinamento alla situazione attuale

Fin qua si è sottolineato come il modello delineato sul finire degli anni '80 abbia subito numerose alterazioni nella prassi, e come deviazioni dal modello originario non siano mancate neppure in questo caso.

L'esito era tuttavia prevedibile, considerato che già l'archetipo introdotto con legge ordinaria non aveva in sé quella stabilità necessaria per costituire punto di riferimento di un modello di delegificazione stabile²⁰⁷.

Anche i successivi sviluppi intervenuti negli anni '90 non hanno consentito affatto di addivenire alla costituzione di un modello chiaro e uniforme del processo delegificante.

Se infatti innovazione vi è stata questa ha riguardato il versante

²⁰⁷ Basti pensare che deroghe al modello dell'art. 17 sono riscontrabili già a partire dalla cd. Legge La Pergola n. 86/1989, o alla L. 241/1990 che prevedeva l'adozione di tre regolamenti per la determinazione dei casi di denuncia di inizio attività, silenzio - assenso e per le modalità di diritto di accesso, senza che venissero individuate le norme da abrogare con fonte primaria. A seguito dell'emanazione della L. 537/1993 il fenomeno di una diffusione sempre maggiore, considerato che all'art. 2 della legge stessa, attraverso un rinvio all'allegato della medesima si autorizzava il governo a delegificare la disciplina di numerosi procedimenti amministrativi, a che senza che cessassero le anomalie. Come noto, anche in tal caso era possibile riscontrare l'assenza nella fonte primaria di norme generali regolatrici, nonché la remissione alla stessa fonte secondaria delle norme da abrogare.

relativo al meccanismo introdotto, ovvero alla stabilità della procedura da attuarsi annualmente mediante la presentazione di disegni di legge ad iniziativa governativa²⁰⁸.

Si ha quasi l'impressione però che in questi casi il rispetto del principio di legalità sia transitato dal rispetto della normativa prevista dal modello generale all'opera del Parlamento attraverso poteri di indirizzo e vigilanza sullo stato dell'attività delegificante.

Ciò prescindendo poi dall'effettiva emanazione delle leggi di semplificazione, che hanno aggravato il procedimento di formazione prevedendo ora il coinvolgimento delle parti sociali, ora invece la previsione dell'acquisizione ad un previo parere da acquisire sullo schema di regolamento²⁰⁹.

Se quindi da una parte le successive leggi di semplificazioni intervenute hanno avuto il lodevole intento di rafforzare la collaborazione Parlamento - Governo - parti sociali, dall'altra ne è seguito l'inevitabile appesantimento dell'iter seguito, che nelle intenzioni originarie doveva rappresentare lo strumento atto a consentire uno snellimento delle procedure di formazione del regolamento stesso.

Resta da domandarsi pertanto il senso dell'originario discostamento dal modello procedimentale previsto dalla legge 400 del 1988, con buona pace del principio di legalità tradizionalmente inteso, per poi ricorrere all'aggravamento delle procedure attraverso l'intervento di commissioni parlamentari e rappresentanti di organizzazioni produttive, associazioni nazionali per la protezione ambientale e la tutela dei consumatori, quando poi risulta evidente che tale procedimento, ben lungi dal risultare agile, sia ben più contorto e

²⁰⁸ La L. 59/1997, importante passaggio nell'intreccio tra semplificazione e delegificazione, ha confermato la potestà in capo al Governo di procedere alla semplificazione di numerosi procedimenti amministrativi attraverso norme regolamentari con effetto delegificante.

²⁰⁹ Cfr. art. 20, comma 3, L. 59/1997, come modificato da, e la L. 50/99, la quale all'art. 1 ha previsto forme stabili di consultazioni tra parti sociali ed esecutivo

farraginoso di quello delineabile ricorrendo all'utilizzo della sola fonte primaria.

Questo nonostante il lodevole intento, nell'ottica della semplificazione normativa²¹⁰ di assegnare un ruolo agli enti territoriali cd. minori nel processo annuale di delegificazione.

Anteriormente alla riforma del Titolo V, i problemi hanno essenzialmente riguardato la possibilità per i regolamenti statali di delegificazione, seppur a carattere cedevole, di intervenire in materie di competenza regionale concorrente²¹¹.

Il sistema delineato dalla riforma Bassanini ha ceduto poi il passo alla nuova formulazione delle disposizioni attinenti i rapporti di competenza Stato - Regioni, in virtù del superamento della possibilità per lo Stato di esercitare - sulla carta - un potere regolamentare in tutte quelle materie che non fossero di propria competenza esclusiva. Da ciò è conseguito che in materie di competenza residuale o concorrente non fossero più ammissibili regolamenti delegati.²¹²

Anche per questo a seguito delle modifiche intervenute , la

²¹⁰ L'art. 20, comma 2, L. 59/97, prevedeva infatti nella formulazione originaria, che la legge annuale di semplificazione avrebbe individuato funzioni e servizi attribuiti alla potestà normativa delle regioni e degli enti locali, oltre all'indicazione di principi che avrebbero continuato ad essere regolati da leggi della Repubblica. Tale disposizione è stata modificata dall'art. 2, comma 1, lett. A) della L. 50/99, la quale ha previsto che fosse l'esecutivo, in sede di attuazione della delegificazione ad individuare i procedimenti o gli aspetti del procedimento che fossero disciplinati autonomamente dalle regioni e dagli enti locali. Regolamenti statali di delegificazione che, nelle materie a competenza concorrente, a seguito della modifica introdotta attraverso l'art. 2, comma 4, lett. A) della L. 340/2000, avrebbero trovato applicazione fino a quando le regioni non avessero provveduto a disciplinare autonomamente la materia.

²¹¹ Questione poi affrontata nella celebre pronuncia ad opera della Corte Cost. n. 376 del 2002, con la quale la stessa ha ritenuto costituzionalmente legittimo il ricorso allo strumento delegificante a condizione che le relative disposizioni non comportassero obblighi *pro futuro* nei confronti delle Regioni né tantomeno effetti abrogativi nei riguardi delle leggi regionali preesistenti, negando di fatto il contrasto della normativa con gli artt. 117-118 cost.

²¹² Non a caso con la L. 229/03, *cd. Legge di semplificazione del 2001*, si è escluso l'intervento di regolamenti governativi delegati in materie non assegnate alla competenza esclusiva statale.

semplificazione non è più oggi imperniata sul modello della delegificazione, quanto sull'emanazione di decreti legislativi²¹³, tendenza comunque indice del rafforzamento del polo normativo di governo all'interno del nostro ordinamento.

A tale intenso decentramento legislativo, nonché amministrativo, avvenuto nell'ultimo decennio del secolo scorso, si è aggiunta e in parte sovrapposta la riforma costituzionale di inizio secolo che ha sicuramente contribuito a ricostruire un sistema delle fonti basato su criteri competenziali prima che gerarchici, e in grado di determinare anch'essa lo spostamento degli assetti inerenti la distribuzione del potere normativo, non più focalizzati intorno ai poli opposti Parlamento – Governo, quanto intorno alle distribuzioni di competenze riguardanti Stato ed Enti Locali.

Con il passaggio dalla semplice attribuzione di funzioni statali di carattere amministrativo a quella di vero e proprio decentramento politico – istituzionale si è infatti avuto un conferimento effettivo di funzioni alle Regioni e agli enti pubblici territoriali in generale.

Se a ciò si aggiunge che il nuovo art. 117, comma 6, Cost. , attribuisce la possibilità di emanare regolamenti statali soltanto nei casi in cui si intenda disciplinare una materia di competenza esclusiva dello Stato stesso, si percepisce che la necessità di determinare a fini pratici, a chi appartenga la competenza in una determinata materia, funzioni da antecedente logico giuridico rispetto alla domanda inerente i limiti e i confini dell'attribuzione di potere all'esecutivo con riguardo al rispetto del principio di legalità.

Con ciò non si intende dire che la tematica del principio di legalità degradi e venga sminuita dalla necessità di determinare propedeuticamente se lo Stato è competente ad esercitare il potere regolamentare - in qualunque modo esso si sostanzi -, ma che è

²¹³ Cfr. art. 1, comma 6, L. 340/2000

evidente come vi siano ragioni indiscusse che portino gli attori interessati, *in primis* le regioni, a prestare particolare attenzione agli aspetti soprattutto competenziali.

Se infatti lo Stato, con o senza il ricorso a regolamenti delegati, giungesse a esercitare un potere regolamentare in materia residuale o concorrente regionale, l'impugnazione in via principale della legge che preveda o disponga la regolamentazione della disciplina sarebbe dichiarata incostituzionale con conseguente caducazione anche del regolamento.

E tutte le volte in cui si ha a che fare con una cd. delegificazione riguardante gli assetti stabiliti nell'art. 117 Cost., è per la Regione decisamente più conveniente impugnare le disposizioni contenute in fonte primaria, piuttosto che cimentarsi con le problematiche attinenti alla giustiziabilità dei regolamenti delegati²¹⁴, anche perché in sede di ricorso principale è noto che le Regioni possano eccepire soltanto questioni di legittimità che esse ritengono violino le loro competenze, dato che in linea generale la norma regolamentare, essendo sottratta al sindacato diretto del Giudice delle Leggi, può pertanto essere oggetto di decisione di questa soltanto indirettamente o per mezzo di un conflitto di attribuzione.

Fissato comunque il parallelismo tra funzione regolamentare e legislativa²¹⁵, scontato in tema di competenza esclusiva dell'ente (e quindi in questo caso dello Stato), nei invece casi di potestà concorrente, proprio in virtù delle attuali disposizioni della Carta, lo Stato non potrebbe disporre della relativa potestà regolamentare, a meno di non voler davvero ipotizzare che lo strumento delegificante venga utilizzato per fissare norme di principio.

Probabilmente, nonostante i profili discussi inerenti la possibilità di

²¹⁴ Tematiche che in realtà non riguardano mai il solo regolamento, ma anche la fonte primaria autorizzante e la disciplina previgente.

²¹⁵ R. BIN *La funzione amministrativa del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002

disporre delegificazioni in materie di competenza regionale, e le analizzate difformità dal modello legale che si sono susseguite a partire dai primi anni della riforma, anche questa volta il legislatore ha tuttavia ritenuto di ricorrere a tale strumento, forse rassicurato dalla posizione assunta dalla Corte Costituzionale che fin dai primi interventi in tema di riparto di competenze, e con argomentazioni non sempre coerenti, ha finito per far rientrare nella titolarità esclusiva dello Stato interi settori materiali, anche derogando a quel reparto di competenze formali fissato nella Carta.

Situazione che nelle valutazioni compiute *ex ante* circa l'opportunità di procedere a una delegificazione, ha probabilmente fatto ritenere che non vi fosse il rischio di giungere attraverso un sindacato della Corte ad una abrogazione derivata delle disposizioni regolamentari dettate, conseguente alla riconduzione della materia in una delle competenze concorrenti o residuali delle Regioni. Questo perchè, almeno dal lato del riparto delle competenze, riconosciuta ancora una volta la concorrenza come materia esclusiva dello Stato, il rischio di una declaratoria di incostituzionalità non poteva interessare le disposizioni della legge autorizzante.

5. I servizi pubblici locali tra competenze statali ed interpretazioni della Corte Costituzionale.

Comprendere la posizione della Corte Costituzionale ai fini dell'argomento del presente scritto è operazione indispensabile, poiché prima di giungere a individuare eventuali profili di illegittimità costituzionale - se vi sono - del regolamento delegato è anche necessario arrivare a determinare chi abbia competenza a determinare le modalità di affidamento in materia di servizi pubblici locali.

Questione che direttamente si ricollega anche ai profili inerenti la definizione di (norme generali della) materia sopra analizzati.

La situazione di partenza è ben nota : la mancata attuazione della riforma di inizio secolo²¹⁶ ha condotto la Corte Costituzionale a ricoprire una posizione di supplenza atta a districare i complicati nodi derivanti dal riparto di competenze Stato - Regioni - Enti Locali come delineato nella Carta. Si è pertanto rivelata ancora valida l'analisi di un autore²¹⁷ che già all'epoca del previgente testo segnalava come la ripartizione delle materie fosse una “*pagina bianca*” che ben poco significava finché non fosse stata riempita, considerata l'assenza di modalità e procedure di scrittura di questa.

Come se in realtà l'art. 117 Cost. - e l'intero titolo V - fornissero un prontuario di strumenti utili per individuare le competenze senza però definirle. Prontuario oltretutto che in sé, con specifica attinenza al dato testuale, non si è neppure rivelato molto esaustivo.

Pertanto, anche se l'introduzione del principio di sussidiarietà ascendente, la precisazione del concetto di leale collaborazione, la configurazione delle cd. materie trasversali, la nuova concezione del principio di proporzionalità, denotano sicuramente una encomiabile attività suppletiva del Giudice delle Leggi, resta un vuoto legislativo di non facile compensazione.

La sussidiarietà ascendente merita di essere citata per prima.

E' stato infatti osservato²¹⁸ come, nonostante il principio di sussidiarietà discendente sia presunto, mentre quello ascendente vada affermato dal legislatore statale, sia stato proprio il secondo a trovare

²¹⁶ Se si eccettua la L. 131/2003 che come noto non specifica le disposizioni costituzionali e il D.lgs. 112/98 che ha sicuramente il merito di essere più preciso, ma che paga la circostanza di essere anteriore alla riforma sopracitata, non esistono infatti disposizioni attuative della L. cost. 3/2001

²¹⁷ L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro Amministrativo*, 1971

²¹⁸ A. CERRI, *Definizione delle competenze statali e regionali, sussidiarietà ascendente e discendente, intersezioni tra competenze*, intervento svolto in occasione del Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione, svoltosi in Roma il 27 e 28 Maggio 2008

una maggiore diffusione e applicazione a livello giurisprudenziale, per via di un naturale scetticismo del giudice costituzionale nel lasciare che fossero le Regioni a curare in sede locale interessi ritenuti nazionali.

Scetticismo giustificato dal fatto che, senza una adeguata normativa di attuazione, anche nei casi in cui una legge dello Stato non dichiarasse la maggiore idoneità del potere centrale a regolare la materia, la Corte ben difficilmente si assumerebbe la responsabilità di affermare una competenza regionale il cui esercizio potrebbe portare a conseguenze irreparabili.²¹⁹

Questo il dato di partenza che si deve considerare prima di provare a inquadrare la disciplina dei servizi pubblici locali all'interno del dettato costituzionale.

A guardare il dato testuale della Carta infatti non sembrerebbero esserci dubbi: i servizi pubblici locali non possono che rientrare tra le materie di competenza residuale delle regioni.

L'art. 117, comma 4, Cost. però, lungi dal rappresentare un riparto di competenze ben delineato che permetta di definire l'ambito legislativo di intervento delle Regioni, ha finito però per assumere di fatto un significato strumentale all'individuazione delle già accennate tecniche di individuazione di competenza, con il riconoscimento di competenze regionali solo nelle volte in cui non si rinvenivano altri titoli di intervento da parte dello Stato.

Avuto comunque riguardo alle modalità di affidamento degli stessi servizi aventi rilevanza economica, ovvero l'oggetto principale della riforma in discussione, è noto come il Giudice delle Leggi ascriva la materia alla tutela della concorrenza²²⁰.

Per via di tale interpretazione, lo Stato sarebbe legittimato in

²¹⁹ A. CERRI, *cit.*, dove l'autore passa in rassegna una serie di pronunce nelle quali è evidenziato come proprio la carenza di disciplina legislativa di attuazione abbia portato alla mancata affermazione di competenze regionali in materie che non avrebbero avuto motivo di essere ad esse sottratte

²²⁰ La cui prima importante pronuncia sul tema è la nota sentenza n. 14 del 2004

astratto ad esercitare non solo la funzione legislativa, ma anche quella regolamentare, in quanto, almeno secondo i primissimi interventi della Corte in argomento, la competenza statale sarebbe idonea a investire tutti gli interventi che abbiano rilevanza macroeconomica, secondo una prospettiva che interessa “*la ratio dell’intervento legislativo e non aspetti marginali o effetti riflessi dell’applicazione della norma*”²²¹,

In tal modo però si finisce per inciampare in una tautologia, in quanto è evidente che ogni materia possieda una prospettiva teleologica, a prescindere che essa sia di competenza esclusiva o concorrente²²². Ecco che allora, anche se la legittimità della disposizione finisce per essere valutata alla luce del rispetto dei criteri di ragionevolezza, proporzionalità e congruità²²³ in relazione al fine individuato, la collocazione all’interno del sistema delle fonti a seconda della finalità attribuita, è spettata proprio alla Corte Costituzionale.

E’ doveroso aggiungere che i servizi pubblici locali, vista la molteplicità di interessi che in essi si intrecciano, hanno richiesto la formulazione di ulteriori parametri, quali le *c.d. competenze statali trasversali*²²⁴ e l’ applicazione del “cd. criterio della prevalenza”²²⁵, ai fini dell’approdo al riconoscimento di competenze esclusive statali. Per via dell’interpretazione e applicazione di tali criteri lo Stato, riconosciuta l’interferenza tra più tipologie di discipline riconducibili a differenti competenze anche grazie al richiamo dell’art. 117, comma 6 cost. , potrà esercitare in una data materia anche la relativa potestà

²²¹ Cfr. sentenza n. 30 del 2005

²²² Cfr. sentenza n. 414 del 2004 circa il coordinamento della finanza pubblica

²²³ Criteri introdotti già con le sentenze n.14 del 2004 e n. 272 del 2004

²²⁴ Sul tema, con nota a commento della sentenza n. 14 del 2004, v. R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4/2004

²²⁵ Criterio questo che non opera mai a favore delle regioni, avendo trovato applicazione sempre nei confronti della competenza statale v. E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 1/2008

regolamentare²²⁶.

Infatti il principio di leale collaborazione, che potrebbe operare almeno a parziale mitigazione della competenza esclusiva statale riconosciuta in settori dove in realtà le competenze si intrecciano, opererebbe solo nei casi in cui non possa essere individuata la certa prevalenza di un complesso normativo rispetto ad un altro²²⁷.

Resta ancora il problema su come individuare la prevalenza a mezzo della quale una legislazione venga ascritta a una competenza esclusiva di un ente. Problema che comunque discende dalla difficoltà di ritenere che una disciplina, a maggior ragione se delegificata²²⁸, possa davvero essere ascrivibile a una sola materia singolarmente considerata.

Non solo perchè si è osservato come sia arduo elaborare un criterio unico per identificare la stessa nozione di materia, ma quanto perché è impensabile che un dato settore non sia costituito da più discipline. Tale fenomeno è ancora più evidente qualora si pensi che la delegificazione non può che necessariamente intervenire nei confronti di norme primarie già esistenti, e la portata di tale affermazione è ancor più rilevante se si accoglie la tesi di un autore che, restringendo il possibile ambito di intervento della delegificazione, vuole ammissibile un regolamento delegato soltanto in materie legificate e non legislative²²⁹, laddove per legislative si intendano le materie coperte da riserva di legge.

Si osservi poi che necessariamente, l'estensione dei confini della materia si ripercuote anche sullo spazio di intervento entro cui la norma regolamentare si potrà muovere.

²²⁶ Cfr. sentenza n. 401 del 2007

²²⁷ E' il caso riportato in sentenza Corte Cost. n. 219 del 2005, nella quale pur individuandosi una intersezione di competenze non era stata ritenuta legittima una disciplina statale che non prevedesse adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, secondo quanto già stabilito con la sentenza n. 50 dello stesso anno.

²²⁸ Cfr. *supra*, par. 3

²²⁹ Cfr. LAVAGNA, *Delegificazione*, cit., p. 307 ss.

Ragion per cui maggiore è il riconoscimento attribuito alla trasversalità della materia – in questo caso la tutela della concorrenza - e maggiore diventa l'ambito di intervento del potere regolamentare, inclusa quindi la stessa delegificazione.

Lo sviluppo della tutela della concorrenza come materia funzione dal valore teleologico ha portato ad esempio a ritenere per esempio che, seppur inerenti la disciplina dei servizi pubblici locali, la separazione della responsabilità del servizio gravante sull'ente locale e la gestione dello stesso affidata a terzi sono appunto considerate regole di tutela della concorrenza, per la semplice ragione che in questo settore, senza tale scissione non vi sarebbe alcunché di contendibile e quindi neanche la possibilità di configurare una concorrenza *per* il mercato.

Secondo un assunto in base al quale se il mercato delle gestioni non può essere realizzato - cd. concorrenza *nel* mercato - è il mercato degli affidamenti che deve pertanto essere creato affinché si possa attuare una forma di competizione quantomeno riconducibile alla concorrenza propriamente intesa.

Le disposizioni della riforma recentemente abrogata, per i caratteri da queste evidenziate, possono quindi essere sicuramente inserite in un disegno unitario di promozione della concorrenza. Diverso è però affermare che tutte le disposizioni possano essere fatte rientrare in tale titolo.

Un conto è infatti concordare circa le conclusioni a cui è giunta la Corte, ricostruite a mezzo di indagine sui rapporti tra titolari del poteri legislativi, un altro ritenere condivisibile il procedimento seguito per giungere a tale risultato.

Risultato che non tiene infatti minimamente conto degli *effetti* che tali norme sono in grado di produrre.

Quando infatti l'effetto delle norme non è diretto (come nel caso di

disposizioni attinenti il divieto di aiuti alle imprese), ma si tratta viceversa di norme che richiedono la gestione sia affidata a soggetti distinti dall'ente responsabile dei medesimi, l'effetto prodotto, cd. proconcorrenziale, è soltanto indiretto e l'approccio ermeneutico non può limitarsi ad essere puramente estrinseco, ma deve guardare alla concreta realizzabilità degli effetti sottesi.

Anche se in tal caso lo scrutinio della Corte viene compiuto proprio con riferimento anche al rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza²³⁰, non si può far a meno di notare che tenere conto degli effetti della norma potrebbe portare anche alla conseguenza pratica dell'impossibile riconduzione di tali disposizioni alla tutela della concorrenza come finora intesa²³¹, visto che nel settore dei servizi pubblici locali, dove il mercato spesso non c'è²³², la concorrenza riguardante soltanto il mercato degli affidamenti, le regole volte a assicurare parità di condizioni per l'ammissione alla gara e lo svolgimento di questa, nonché ad assicurare che la gestione sia affidata a soggetti distinti dall'ente locale responsabile, si riflettono sul mercato, nel quale però il vincitore potrà nella maggior parte dei casi svolgere l'attività economica in regime di esclusiva, di fatto verificandosi una situazione nella quale spesso più che la concorrenza ad essere tutelato è maggiormente *il concorrente* che si è aggiudicato la gara.

E di tali effetti probabilmente la Corte avrebbe potuto tenere conto, se nell'identificare cosa si intenda per materia avesse considerato quanto già stabilito in una nota pronuncia²³³ nella quale chiariva come

²³⁰ L'indagine circa l'attitudine degli effetti prodotti dalle norme sottoposte all'esame della Corte è infatti cessata già con la sentenza n. 14 del 2004, laddove si fa riferimento alla "rilevanza macroeconomica" delle norme dettate dallo Stato a titolo di tutela della concorrenza.

²³¹ Sulla quale si tornerà diffusamente anche nei prossimi capitoli

²³² Cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit.

²³³ Cfr. Corte Cost. n. 138 del 1972 e L. PALADIN, *Nota a commento della sent. n. 138/1972*, in *Le Regioni*, 1973

nel definire i contorni della stessa, oltre che al principio nominalistico occorresse guardare ai differenti interessi desumibili dalla complessa e multiforme realtà sociale.

Il ricorso al principio della cd. sussidiarietà “ascendente” supportato, qualora non fosse sufficiente, dal criterio della prevalenza, escogitati al fine di rendere ascrivibile l’intero ambito a una delle materie elencate nell’art. 117 comma 2, sembrano andare invece in direzioni opposte, ovvero verso uno spiccato centralismo, di per sè inidoneo a cogliere le multiforme sfaccettature di differenti ambiti sociali, culturali e geografici con la stessa capillarità di un ente territoriale cd. minore.

Ma d’altronde la sussidiarietà ascendente non è che la versione aggiornata dell’interesse nazionale ben noto nella legislazione antecedente la legge costituzionale n. 3 del 2001.

Interesse nazionale che in passato è stato inquadrato dalla Corte come elemento decisivo al fine di fissare limiti generali e astratti volti a influenzare le singole leggi regionali²³⁴, ed altrettanto, seppur con diversi presupposti e differenti termini è avvenuto in pronunce recenti.

Non è infatti affatto una mera coincidenza che la sentenza che ha condotto all’affermazione dell’interesse nazionale come limite di merito a discapito dei requisiti di legittimità²³⁵ sia stata richiamata dal Giudice delle Leggi in una occasione in cui è stato precisato il funzionamento del meccanismo di “*chiamata in sussidiarietà*”²³⁶

²³⁴ Cfr. R. BIN, intervento svolto al Convegno “ *Il ruolo della legge oggi - Modelli costituzionali ed esperienze a confronto*”, Palermo, 24-25 Settembre 2009, nel quale l’autore spiega come secondo l’impostazione della sentenza n. 177/88 era reso possibile allo Stato attraverso il ricorso all’interesse nazionale di potere adottare una disciplina legislativa di dettaglio pur nell’ambito di materie attribuite in via generale alla competenza regionale. In tal modo si produce il passaggio d un limite di natura prettamente politica ad elemento dirimente, indispensabile alla formulazione di limite preventivi.

²³⁵ Cfr. ancora BIN, *Legge regionale*, in *Digesto disc. Pubbl.* IX, 1994, per una ricostruzione dei passaggi che hanno portato alla conversione del limite di merito in quello di legittimità

²³⁶ Sentenza n. 303 del 2003, richiamata dalla Corte al fine di evidenziare la differente prospettiva sulla quale si fondava il nuovo concetto di “interesse unitario”

Meccanismo che è stato uno dei principali artefici della acquisizione di competenze regionali da parte dello Stato a seguito della riforma del titolo V.

Questo in parte dovuto alla circostanza che, come ha chiarito la dottrina²³⁷, all'interno di un ordinamento regionalista si rendeva indispensabile, a detta dell'impostazione adottata dalla Corte Costituzionale, introdurre dei meccanismi sostitutivi facendo ricorso a strumenti che non erano più rinvenibili nello scomparso concetto di interesse nazionale.

Sistema questo che ha permesso all' "interesse nazionale" di simulare soltanto il suo definitivo congedo, grazie alla formulazione di clausole generali previste dalla Carta stessa,²³⁸ a tutela degli interessi "unitari" o comunque sovraregionali.

Impostazione che ha avuto ripercussioni anche sulla ripartizione delle funzioni amministrative tra Stato e Regioni. Il Giudice delle Leggi ha avuto modo di affermare la possibilità per lo Stato di esercitare funzioni amministrative anche in materie nelle quali non potesse questo vantare una competenza esclusiva, bensì concorrente, in quanto le istanze unitarie, quando insuscettibili di frazionamento o localizzazioni territoriali, a determinate condizioni potevano giustificare una deroga alle normali ripartizioni formalmente fissate.

Secondo la "lettura forte"²³⁹ data dalla Corte alle disposizioni costituzionali in materia di principio di sussidiarietà e funzioni amministrative, il meccanismo dinamico previsto per l'attribuzione di queste ultime avrebbe finito infatti per rendere più sfumati anche i confini inerenti la distribuzione delle competenze legislative.

²³⁷ A. BARBERA, *Il titolo V tra attuazione e riforma*, in www.forumcostituzionale.it

²³⁸ A. BARBERA, cit. , quali appunto la tutela della concorrenza, l'ordine pubblico, i livelli minimi delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali o attraverso il principio di sussidiarietà.

²³⁹ D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2003

In applicazione del principio di legalità tuttavia, le funzioni assunte tramite il ricorso al meccanismo della sussidiarietà non potrebbero che essere regolate a mezzo di fonte primaria e comunque a condizione che l'intervento risulti proporzionato ai fini da conseguire, non risulti irragionevole e sia oggetto di un'intesa con la Regione interessata in ossequio al principio di leale collaborazione. Aspetto quest'ultimo di non secondaria importanza, considerato che la Corte subordinava l'operatività della disciplina all'adesione e non al mero tentativo di intesa con la Regione.²⁴⁰

Da queste considerazioni se ne deduce una ancora più importante ai fini del discorso in esame: se l'attrazione di funzioni amministrative può esservi solo a condizione che sia poi la legge a organizzare e regolare le funzioni regionali attratte, non è possibile, come rilevato dalla Corte, interferenza alcuna tra regolamenti statali di delegificazione e legislazione regionale. Significa che, in considerazione del principio di legalità, attrarre le funzioni amministrative non vuol dire anche poter esercitare il relativo potere regolamentare, in virtù del fatto che nel nostro ordinamento il venire in essere di un potere regolamentare statale non può che essere conseguenza di una qualche forma di inadempimento dell'ente territoriale minore²⁴¹

Quando ricorre questo caso pertanto, anche se la funzione legislativa viene attratta nelle determinazioni normative assunte a livello statale, lo Stato non può proporre conseguenti iniziative di delegificazione.

Tale ragionamento spiega anche perchè, se i servizi pubblici locali fossero da considerare materia di competenza non solo residuale, ma anche concorrente, non sarebbe ammissibile un regolamento delegato.

²⁴⁰ Cfr. considerato in diritto 4.1, sentenza n. 303 del 2003

²⁴¹ Cfr. N. LUPO, *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo titolo V Cost.: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2002

La posizione della Corte ha tuttavia subito nel tempo diversi mutamenti, soprattutto a riguardo alla competenza inerente l'esercizio del potere regolamentare.

Si è già chiarito come la chiamata in sussidiarietà e quando non sia sufficiente, il criterio della prevalenza affiancato dalla progressiva affermazione del criterio finalistico²⁴² rendano possibile allo Stato, nelle materie ritenute trasversali, una penetrazione non prefissabile in astratto all'interno delle competenze regionali, sì capace di scardinare il parallelismo tra funzione legislativa e regolamentare dettato all'art. 117, comma 6 Cost..

Scontata quindi l'ammissibilità di una delegificazione nelle materie riconducibili all'art. 117 comma 2, anche a seguito della già citata pronuncia n. 303 del 2003.

Ma è proprio in seguito a tale intervento che la Corte ha progressivamente cominciato ad ammettere eccezioni alla separazione delle competenze e al principio cardine del parallelismo tra potestà legislativa e regolamentare.

Dapprima infatti viene ammesso l'intervento di un regolamento ministeriale²⁴³, sulla semplice base dell'eccezionalità della situazione, attraverso l'applicazione del principio di sussidiarietà e nel rispetto dei noti principi di proporzionalità e adeguatezza. Il titolo di intervento statale tuttavia non era rinvenibile in alcuna delle materie di cui all'art. 117 Cost., requisito formale che prima di tale pronuncia era ritenuto elemento indispensabile, mentre è proprio a partire da tale sentenza che si introduce come fondamento legittimante l'ingresso della fonte secondaria la presenza di presunte esigenze unitarie che non trovano agganci in ambito materiale.

In tal caso però il conflitto di attribuzioni latamente inteso riguardava l'intreccio tra materie esclusive statali e concorrenti. Nel

²⁴² Cfr. sentenze n. 326 del 2008 e 88 del 2009

²⁴³ Cfr. sentenza n. 151 del 2005

caso di intreccio tra materie residuali e concorrenti sembrava invece pacifico che si negasse l'ingresso a un regolamento statale.²⁴⁴

Regolamento invece ammesso in caso di interferenza tra una competenza legislativa statale e una residuale, nel caso in cui fosse stato rispettato il principio di leale collaborazione, attuato attraverso l'intesa Stato – Regioni conseguita in sede di conferenza unificata²⁴⁵.

Ma la vera novità è costituita da un cambio di prospettiva volto a legittimare l'ingresso di un regolamento statale a seguito di delegificazione anche in materie residuali o concorrenti, a condizione che sia raggiunta l'intesa tra Stato e Regione.²⁴⁶

Nonostante questi ultimi due orientamenti siano accomunati dal fatto di giustificare l'intervento del legislatore statale a mezzo del principio di “chiamata in sussidiarietà”, in nessuno dei due casi la Corte spiega perchè però perchè l'intervento debba essere rimesso a una fonte secondaria piuttosto che a una legge stessa e quindi neppure viene chiarito quale esigenza venga tutelata attraverso l'ingresso di tale fonte in luogo di quella primaria.

E' pertanto decisamente probabile che qualora non si fosse riconosciuta la sussistenza la “trasversalità” della concorrenza, riconosciuti i servizi pubblici locali come di competenza residuale delle Regioni, allo Stato non sarebbe rimasto che sostenere di avere adottato il regolamento per esigenze unitarie e quindi di uniformità della disciplina, magari specificando chi fossero i destinatari della delegificazione, anche se era piuttosto logico concludere che gli interlocutori interessati fossero essenzialmente proprio le Regioni e gli enti locali.

In tutti i casi invece in cui il legislatore statale avesse voluto attrarre a sè anche la funzione amministrativa in materia a competenza

²⁴⁴ Cfr. sentenza n. 328 del 2006

²⁴⁵ Cfr. sentenza n. 88 del 2007

²⁴⁶ Cfr. sentenza n. 76 del 2009

residuale sarebbero stati introdotti procedure e termini che avrebbero dovuto essere adottate o seguite dai vari enti locali, proprio a giustificazione di quelle esigenze unitarie ritenute indispensabili.

Bisogna tuttavia domandarsi se tale esigenze unitarie sarebbero state realmente soddisfatte nel momento in cui l'attrazione delle funzioni amministrative sarebbe stata soltanto parziale, dato che nell'ambito dei servizi pubblici locali l'intervento degli enti territoriali minori si profila comunque come necessario.

La questione però di una riconducibilità del settore alle competenze residuali di cui al comma 4 dell'art. 117 Cost. non si è però posta al momento, poiché sin dai primi anni dell'entrata in vigore del nuovo titolo V, I Giudici delle Leggi hanno chiarito che in molti dei casi di competenza esclusiva statale non si trattasse di materie in senso stretto, quanto piuttosto di ambiti materiali dal contenuto non tangibile, ma per questo “*idonei a investire tutte le materie*”. Le ben note materie trasversali, secondo la definizione già data in una pronuncia che può essere considerata l'apripista di questo filone interpretativo²⁴⁷.

Proprio le pronunce che sono seguite all'applicazione di tale ricostruzione giurisprudenziale hanno portato parte della dottrina a parlare di *smaterializzazione delle materie*²⁴⁸ e ad ascrivere di l'intero ambito dei servizi pubblici locali alla materia di “tutela della concorrenza”.

Quest'ultima è stata infatti delineata come titolo legittimante la

²⁴⁷ Cfr. sentenza n. 407 del 2002 F. S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»*: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002. Secondo G. FALCON (*Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, 23) “non poche delle clausole di competenza statale ai sensi dell'art. 117, c. 2, sono in realtà finestre aperte sulle materie di competenza regionale: non occorre neppure ricordare, ad esempio, le “materie” della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, della concorrenza, dell'ambiente”. Sempre sul punto si veda anche : A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1, 2003

²⁴⁸ S. BENELLI, *La “smaterializzazione” delle materie*, Milano, Giuffrè, 2006

competenza statale nel quadro delle forme di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, in quanto riguardante nel complesso i rapporti concorrenziali del mercato, non escludenti perciò interventi promozionali dello Stato, secondo un'accezione cd. dinamica che può anche trascendere gli ambiti regionali, purché *“i vari strumenti di intervento siano disposti in relazione ragionevole e proporzionata agli obiettivi attesi”*²⁴⁹

Insomma, una materia – funzione, di competenza esclusiva dello Stato e dalla estensione non rigorosamente circoscritta che incontra come limiti principali quelli della proporzionalità e adeguatezza dell'intervento.

Questo quindi il dato fino ad ora incontrovertibile basato sul riconoscimento della concorrenza come materia trasversale, e quindi attrazione al livello statale della relativa competenza in tutti i settori a questa riconducibili²⁵⁰

Dal quadro complessivo emerge tuttavia come il Giudice fosse quasi costretto a tentare di operare una ricostruzione in tal senso della materia, in virtù delle sovrapposizioni che andavano formandosi in quegli anni e a livello interno e a livello comunitario²⁵¹. Anzi, in due

²⁴⁹ Cfr. Sentenza n. 14 del 2004 Corte Cost. *cit.*

²⁵⁰ Proprio grazie all'interpretazione data della materia – funzione della concorrenza data dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 14 del 2004, poi ripresa nella 345 del 2004, che le norme del T.U. EE.LL. n. 267/2000, in particolare l'art. 113, come modificato con l'art. 14 dl. 269/03, convertito in L. 326/03, non hanno subito una declaratoria di incostituzionalità, poichè prevedevano e garantivano la concorrenza in ordine alle modalità di gestione e conferimento dei servizi., nel rispetto dei criteri di adeguatezza e proporzionalità, senza che venissero pertanto introdotte discipline integrative di settore a mezzo di legislazione dettagliata e con tecnica auto applicativa idonea a determinare di fatto i criteri di base con i quali la gara viene aggiudicata.

Cfr. *ex multis*, G. SCIULLO *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, pubblicato sulla rivista telematica: Lexitalia.it, 7-8/2004., G. MARCHI, *servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2005

²⁵¹ E' infatti doveroso ricordare come già nel 2004 la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su quella che a partire dal 1990 era la terza riforma dei servizi pubblici locali, mentre a livello comunitario, già dalla fine del secolo precedente la CGCE si

pronunce²⁵² la Corte stessa ravvisava la necessità di pervenire a un approccio sistematico della normativa che era mancato fino a quel momento.

Sono quindi ragioni essenzialmente pratiche di supplenza e di necessaria armonizzazione della disciplina interna con quella comunitaria i motivi che hanno indotto a ritenere fondamentale il criterio finalistico adoperato nell'inquadrare la "materia" della concorrenza rispetto a qualunque altro interesse individuato nelle questioni ad essa sottoposte, che si trattasse di ampliare oppure comprimere il titolo di legittimazione del legislatore regionale.

L'assetto espresso dalle norme – principio in tema di tutela della concorrenza era pertanto idoneo a fornire una interpretazione del complesso di disposizioni anche con riferimento a quelle normative di settore che avessero fonte regionale.

Qui risiedono le ragioni che hanno portato ad elaborare una nozione di concorrenza quasi omnicomprensiva che, seppur non immune da critiche già in tempi non sospetti²⁵³, è stata confermata anche in pronunce successive che non hanno direttamente riguardato i servizi pubblici locali²⁵⁴, ma che hanno comunque confermato la funzione trasversale della stessa, capace di giustificare una

era già espressa in ordine ai requisiti delle cosiddette gestioni in house providing.

²⁵² Cfr. Corte Cost. n. 29 del 2006 e n. 80 del 2006 con nota a commento di C. BUZZACCHI, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nelle recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 3/2006

²⁵³ C.E. GALLO, *"Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza"*, in *Dir. amm.*, 2/2005

²⁵⁴ Cfr. infatti Corte Cost. n. 401 del 2007 in materia di contratti pubblici, con la quale i giudici sono arrivati a qualificare come rientranti nell'art. 117, comma 2, lett e) tutte le disposizioni del cd. Codice degli appalti di cui al d.lgs. 163/06, inerenti la qualifica e selezione dei contraenti, le procedure di affidamento con esclusione dei profili di organizzazione amministrativa, i criteri di aggiudicazione ed i poteri di vigilanza dei mercati. La pronuncia acquista rilievo tuttavia soprattutto per un diverso ordine di questioni relativo all'applicazione del cd. criterio di prevalenza in tema di legittimazione dell'intervento statale, direttamente riconducibile alla una strada intrapresa già con la nota sentenza n. 303 del 2003. Su tali aspetti v. infra e cfr. nota a commento di R. BIN, *"Alla ricerca della materia perduta"* in *Le Regioni*, 2008, p. 398 ss.

competenza statale idonea ad incidere anche in dettaglio e inderogabilmente, sulla totalità degli ambiti materiali nei quali interviene, prescindendo da competenze concorrenti o residuali delle Regioni²⁵⁵.

Impostazione questa della Corte consolidata in altri interventi volti a dirimere conflitti di competenza sollevati in via principale dalle Regioni: che si trattasse di procedure di gara per la scelta del contraente nel settore degli appalti, di limiti all'attività esercitata da società partecipate dagli enti locali²⁵⁶, di procedure di rilascio delle concessioni di gestione aeroportuale²⁵⁷, pianificazione del numero di phone centers e localizzazione di centri di telefonia in sede fissa²⁵⁸, divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire società eroganti beni e servizi o di mantenere partecipazioni nelle stesse²⁵⁹, nonché in tema di procedure ad evidenza pubblica²⁶⁰.

²⁵⁵ Cfr. Corte Cost. n. 430 del 2007 e la n. 431 del 2007, che sempre in tema di contratti pubblici richiama quanto già espresso nelle pronunce 407 e 430 del medesimo anno.

²⁵⁶ Cfr. Corte Cost. n. 320, 322 e 326 del 2008. Quest'ultima in particolare ebbe a statuire circa la legittimità costituzionale delle norme introdotte con il dl. 223/06, poi convertito in L.248/06, il quale all'art. 13 imponeva limitazioni alle società partecipate dagli enti territoriali, per ciò che riguarda l'esercizio di funzioni amministrative o strumentali e miranti ad evitare che un soggetto svolgente sia attività amministrativa che d'impresa potesse in qualche modo trarre vantaggio dalla posizione sostanziale ricoperta. Disposizioni che per la Corte non erano da condurre alla materia dell'organizzazione amministrativa di competenza regionale, bensì erano inquadrabili nella materia dell'ordinamento civile nonché della tutela della concorrenza.

²⁵⁷ Cfr. Corte Cost. n. 18/09, secondo la quale l'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti, rispondente a esigenze di sicurezza del traffico aereo e di tutela della concorrenza rientrano pertanto in ambiti di competenza esclusiva dello Stato e non possono essere ricondotti alla materia dei porti e aeroporti civili di competenza concorrente.

²⁵⁸ Cfr. Corte Cost. n. 25/09, a mezzo della quale il Giudice delle Leggi sancisce l'illegittimità di una legge regionale che preveda criteri stringenti con i quali viene pianificata la distribuzione sul territorio di phone centers e aree riservate all'apertura di centri commerciali, in quanto tali misure determinerebbero una compressione del mercato delle comunicazioni e come tale degli assetti concorrenziali, arrivando di fatto a determinare una invadenza nella competenza esclusiva del legislatore statale.

²⁵⁹ Cfr. Corte Cost. n. 148 del 2009, ancora in senso affine alla supracitata sentenza n. 326 del 2008.

²⁶⁰ Cfr. Corte Cost. nn. 160, 283 e 307 del 2009, per la quale sono illegittime quelle norme regionali che prevedano una disciplina difforme rispetto al Codice degli

L'interpretazione della "tutela della concorrenza", seppur dinamica e quasi assorbente resta quindi uniforme : la nozione non si restringe, anzi si espande.

Tendenza confermata anche in tempi recente con la pronuncia n. 325 del 2010.

I Giudici tuttavia persistono nel limitarsi a un approccio che non articoli la posizione assunta con riferimento agli effetti della norma, a prescindere che ciò sia possibile o impossibile per ragioni eminentemente procedurali.²⁶¹

appalti in tema di avvalimento, sistemi di qualificazioni delle imprese partecipanti alle procedure di gara e procedure negoziate (160), senza che, al fine di determinare l'ambito competenziale influente sulla legittimazione regionale possa essere invocato il valore economico dell'appalto, con riferimento alla qualificazione "sopra" o "sotto" soglia (283). In questi ambiti riguardanti le procedure di evidenza pubblica le uniche eccezioni nel senso di una differente legislazione regionale sono legittime soltanto ove la Regione, pur legiferando in un ambito che le è astrattamente precluso giunga a introdurre una disciplina a tutela della concorrenza ancor più rigorosa di quella statale (307). Statuendo in tal senso la Corte giunge a un parziale *revirement* di quanto stabilito con la pronuncia n. 283, a mezzo della quale erano state escluse misure regionali proconcorrenziali, in tema di affidamento di incarichi il cui importo fosse inferiore al limite posto dalla legislazione statale per l'affidamento fiduciario. Ciò a seguito delle critiche in dottrina per via della concezione fortemente statalista assunta dai giudici costituzionali, i quali erano arrivati a giustificare tale presa di posizione in considerazione del fatto che nel caso della tutela della concorrenza l'uniformità fosse un valore da preservare, in quanto differenziazioni territoriali avrebbero limitato o neutralizzato gli stessi effetti delle norme volte a garantirla. Cfr. a proposito E.CARLONI, *L'uniformità come valore, la Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 2010

²⁶¹ Cfr. ordinanze nn. 75 e 126 del 2010, entrambe avente ad oggetto un ricorso governativo in via principale avverso leggi regionali in presunto contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1 e comma 2, lett e) ; entrambi i giudizi - che vertevano circa la legittimità di alcune disposizioni in merito al trasporto pubblico locale o la legittimità di un controllo analogo a "formazione progressiva" nei riguardi di una società in house - si concludono con una declaratoria di cessazione della materia del contendere per via di novelle legislative regionali volte ad accogliere in corso di giudizio le doglianze del Governo.

Lo stesso dicasi per le pronunce nn. 122 e 233 del medesimo anno. Con la prima la Corte ha modo di statuire a riguardo di una legge regionale in tema di sviluppo di software cd. *open source* all'interno della stessa P.A., mentre con la seconda viene di fatto ritenuto illegittimo il sistema del rinnovo automatico di concessioni demaniali marittime, di fatto determinante una violazione del principio di libera concorrenza.

6. La nozione di concorrenza nei servizi pubblici locali a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 325 del 2010.

La disamina introduttiva inerente la ricostruzione teorico - pratica dei profili della delegificazione e l'evidenziazione delle intersezioni dell'argomento con la ricostruzione dei profili competenziali della disciplina non poteva concludersi senza prima esaminare l'ultima sentenza della Corte Costituzionale a proposito del presente tema.

La riforma introdotta a mezzo di legge ordinarie e che si sostanzialmente in un solo articolo di legge, sia nella versione originaria che a seguito delle modifiche intervenute, è stato oggetto di ricorsi in via principale proposti da alcune Regioni²⁶².

In merito ad essi è intervenuta una sentenza che non si distingue con riguardo alle statuizioni in essa contenute, quanto piuttosto per il procedimento motivazionale seguito in ordine alle questioni sollevate.

La Corte Costituzionale infatti, colta probabilmente la rilevanza del contenzioso, sceglie di articolare le considerazioni in diritto attraverso l'elaborazione di nuclei tematici volti a unificare le censure prospettate.

Di tutte le argomentazioni svolte da questa, sono in particolare due le tematiche in che si è scelto di analizzare²⁶³.

Il primo degli argomenti prescelti riguardava *in primis* la sfera di

²⁶² Le questioni di legittimità costituzionale che hanno interessato l'art. 23- bis del d.l. n. 112/08, aggiunto dalla legge di conversione n. 133/08 sono state sollevate dalle Regioni Emilia – Romagna (ricorso 69/08), Liguria (72/08) e Piemonte (77/08). Con le modifiche introdotte alla disposizione sopra citata dall'art. 15 d.l. n. 135/08, convertito in l. n. 166/09 sono state proposte ulteriori censure contenute in altri ricorsi, sempre proposti in via principali della Regione Puglia (6/2010), Toscana (10/2010), Liguria (12/2010), Emilia Romagna (13/2010), Umbria (14/2010), Marche (15/2010) e Piemonte (16/2010)

²⁶³ Per una esauriente trattazione dei ricorsi regionali e delle censure prospettate, con note a prima lettura della sentenza cfr. C. PETTINARI, “*Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23 bis del d.l. 112/2008 e successive modificazioni*”, in R. VILLATA (a cura di), “*La riforma dei servizi pubblici locali*”, Giappichelli, 2011

competenza entro la quale si trattava di collocare la disciplina. Se la normativa fosse cioè competenza esclusiva statale riconducibile alla tutela della concorrenza, ed in tal caso andava anche verificato se tale competenza fosse esercitata nel rispetto del principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità e adeguatezza, oppure fossero ravvisabili altri titoli di legittimazione, quali la competenza residuale regionale o addirittura la potestà regolamentare degli enti locali.

I Giudici, in senso conforme alla giurisprudenza precedente²⁶⁴, escludono innanzitutto che le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali siano riconducibili alla competenza legislativa statale in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni²⁶⁵ e di funzioni fondamentali degli enti territoriali minori²⁶⁶.

La disciplina va infatti piuttosto ricondotta nella competenza esclusiva dello Stato di “tutela della concorrenza”, *“in virtù di quegli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato”*²⁶⁷

La competenza regionale o la potestà regolamentare dell'ente locale non avrebbe in tal caso modo di prevalere visto l'oggetto e gli scopi che caratterizzano la disciplina e che sono riconducibili in via primaria a un titolo di legittimazione statale²⁶⁸.

Conclusione che secondo i Giudici sarebbe avvalorata anche da una nozione comunitaria di concorrenza, ricostruita sulla base di quanto

²⁶⁴ Cfr. Corte Cost. sentenza n. 272/04

²⁶⁵ Art. 117, comma 2, lett m) Cost.

²⁶⁶ Art. 117, comma 2, lett p) Cost. Nel senso che una simile disciplina non può rientrare tra le funzioni fondamentali, cfr. Corte cost. n. 307/09, secondo la quale è da escludere che le modalità di affidamento degli SPL possano rientrare tra i profili funzionali dell'ente locale.

²⁶⁷ E in questo passaggio la Corte richiama tutte quelle pronunce precedenti di cui già si faceva riferimento sopra, cfr. nn. 160, 304, 307, 314 del 2009; 326 del 08; 401 del 2007; 29 e 80 del 2006; 272 del 2004

²⁶⁸ Considerato 7 in diritto e contestuale richiamo alle sentenze nn. 142/2010; 246 e 148/2009; 411 e 322/2008

contenuto nella legge istitutiva dell'AGCM²⁶⁹ e che può essere tutelata attraverso varie tipologie di interventi regolatori riconducibili a misure antitrust oppure a interventi volti a favorire o instaurare la concorrenza *nel* o *per* il mercato. E proprio nell'ultimo ordine di misure andrebbero fatte rientrare quelle disposizioni che concernono l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. L'iter logico seguito che consente di affermare come le procedure concorsuali a tutela e promozione della *“più ampia apertura al mercato di tutti gli operatori economici”* vadano ricondotte alla materia della concorrenza è certamente coerente con la costante giurisprudenza della Corte.²⁷⁰ Parimenti non stupisce che, per determinare il soggetto titolare della competenza, i Giudici ricorrano ancora all'applicazione del criterio della prevalenza al fine di determinare la riconducibilità della disciplina alla *“tutela della concorrenza”* pur in presenza di altre competenze che con essa si intersecano²⁷¹.

Pertanto, l'esercizio di quella che è una potestà esclusiva statale, anche sussistendo un concorso di competenze, è legittimo allorquando venga esercitato *“alla condizione del rispetto da parte del legislatore statale, del principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità e adeguatezza”*. Profilo che secondo le ricorrenti non sarebbe stato rispettato in quanto la normativa statale, nel limitare i casi in cui era consentito un affidamento *in house* prevedeva una serie di disposizioni autoapplicative e di dettaglio, nonché vincoli ulteriori a quanto previsto dall'ordinamento comunitario, violando di fatto la

²⁶⁹ Cfr. Art. 1, comma 4, L. 287/1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Secondo tale nozione, la concorrenza presuppone «la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi»

²⁷⁰ Sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004

²⁷¹ Cons. dir. n. 7 e richiamo alle sentenze n. 270 del 2010, nn. 307 e 283 del 2009; nn. 320 e 51 del 2008, nn. 430 e 401 del 2007; n. 272 del 2004

competenza residuale delle Regioni in materia di SPL.

Affermazioni non condivise però dalla Corte la quale ha ripetutamente asserito²⁷² che non sussistono violazioni al riparto delle competenze legislative qualora, nell'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, vengano emanate norme autoapplicative e di dettaglio, in quanto l'attribuzione di tale titolarità porta con sé non solo inderogabilità delle disposizioni sulla totalità degli ambiti materiali nei quali esse incidono, ma anche l'idoneità di tali norme a realizzare la finalità alla quale la "tutela della concorrenza" è indirizzata²⁷³. Pertanto, anche alla luce dell'effettuato scrutinio in merito alla ragionevolezza²⁷⁴, sarebbe proprio la valenza teleologica di questa competenza trasversale a consentire che le norme in materia di tutela della concorrenza possono essere dettagliate e autoapplicative.

Nè tantomeno apparirebbe irragionevole una disciplina intesa a restringere ulteriormente i limiti previsti per gli affidamenti *in house*. La disciplina statale sarebbe infatti *in primis* coerente con un sistema nel quale si è già provveduto al divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia²⁷⁵ e che per tale ragione il ricorso all'*in house* deve essere confinato ad ipotesi tassativamente previste.

Se poi, come noto, il diritto comunitario costituisce solo l'insieme delle disposizioni minime, nulla vieterebbe allo Stato di introdurre misure proconcorrenziali. Parimenti, anche se "*autonomia e concorrenza non ricevono dall'ordinamento una protezione assoluta*", il coordinamento necessario a consentire il soddisfacimento di interessi di diversa natura - rispetto a quello relativo all'assetto

²⁷² Sentenza n. 232/2010 e n. 430/2007 e n. 255/2010

²⁷³ Cfr. Cons. dir. n. 8. Per la Corte il sindacato in merito alla ragionevolezza della normativa va operato con riferimento alla strumentalità della disposizione circa "*l'eliminazione di limiti e barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale*"

²⁷⁴ Il controllo operato dalla Corte sembra essere stato esercitato soprattutto in relazione a questo piuttosto che al rispetto dei criteri di proporzionalità ed adeguatezza

²⁷⁵ Il riferimento è agli artt. 35 L. 448/01 e art. 14 d.l. 269/03

concorrenziale del mercato - riveste carattere “*derogatorio e per ciò stesso eccezionale e deve costituire la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi*”²⁷⁶.

Per i Giudici pertanto non è affatto irragionevole che il legislatore abbia tenuto in considerazione due distinti interessi: da un lato quello generale dell’assetto concorrenziale del mercato e dall’altro quello degli enti locali a gestire il servizio in autoproduzione, non solo nel caso in cui sia possibile, ma soprattutto risulti efficace ed utile²⁷⁷.

La pronuncia però merita di essere esaminata anche in relazione ad un ulteriore aspetto da essa affrontata e relativo alla *rilevanza economica* del servizio erogato. Analizzando la giurisprudenza costituzionale in materia di SPL risulta infatti evidente come, fino ad oggi, una volta delimitato il raggio d’azione della “tutela della concorrenza”, la Corte si era limitata a indicare quale parti della disciplina o comunque quali disposizioni normative fossero da ricondurre o meno alla competenza statale.

Nel caso in questione invece, i Giudici, seppur sempre al fine di sciogliere il nodo relativo all’individuazione della competenza legislativa statale o regionale nella determinazione della rilevanza economica del servizio, abbandonano l’impostazione meramente assertiva²⁷⁸, per affrontare considerazioni circa la portata e il fondamento di tale nozione. La questione non è di secondaria importanza, atteso che è ben noto²⁷⁹ come sia proprio la qualificazione – economica o meno - assunta dal servizio a determinare l’applicazione delle regole concorrenziali.

²⁷⁶ Cons. diritto 8.1.2. e contestuale rinvio alla sentenza n. 270 del 2010

²⁷⁷ Art. 23-*bis*, comma 2

²⁷⁸ Cfr. sentenza n. 272 del 2004, per la quale semplicemente i servizi aventi rilevanza economica attenevano alla tutela della concorrenza di cui all’art. 117, comma 2, lett e) Cost.

²⁷⁹ Cfr. sempre sentenza n. 272 cit., la quale esclude che i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica di cui al 113 bis TUEL potessero rientrare nella competenza esclusiva statale.

Partendo da un concetto di attività economica diffuso in ambito comunitario²⁸⁰, la Corte, pur affermando²⁸¹ che non esiste alcun dato normativo che fornisca una definizione di tale “rilevanza”, evince dal testo alcuni elementi ritenuti utili per poter circoscrivere la nozione, di modo che non rientri più nella sfera soggettiva dell’ente locale poter determinare se un servizio acquisisca o meno tale rilevanza.

Richiamato il fine della norma indicato nell’articolo censurato e la presenza di specifiche situazioni che possano non consentire un ricorso al mercato²⁸², si precisa infatti che la presenza di tali circostanze eccezionali, anche se permettono di ricorrere a modalità di affidamento derogatorie rispetto a quelle ordinarie non rendono di per sé il servizio privo della rilevanza economica.

Tantomeno la stesso concetto può essere determinato con riferimento alle soglie²⁸³ stabilite dal regolamento governativo e oltre le quali prima di procedere a un affidamento in house si rende necessario acquisire un parere preventivo dall’AGCM.

Quanto al criterio temporale circa la determinazione di tale aspetto, è chiaro quindi come il momento nel quale tale valutazione avviene debba essere contestuale e non successivo alla decisione di procedere

²⁸⁰ In argomento cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.* 3/2002, il quale A. richiama l’attenzione su come fosse intesa in senso ampio la nozione sulla di impresa, capace di includere *qualsiasi entità che esercitasse attività economica, a prescindere dallo status giuridico e dalle forme di finanziamento*, attraverso un rinvio ad alcune pronunce dei giudici comunitari. Cfr. a tal proposito CGCE, 19 febbraio 2002, C-309/99; CGCE, 11 dicembre 1997, C-55/96; 16 novembre 1995, C-244/94, dalla quale deriva la nozione in parola di attività economica, *consistente nell’offrire beni e servizi su un dato mercato* cfr. anche Sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, CGCE, 16 giugno 1987, C-118/96 e Libro verde sui servizi di interesse generale (COM 270 del 2003), § 2.3, punto 44

²⁸¹ Cons. diritto 9.1

²⁸² Ci si riferisce alla finalità “*di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale»*” di cui all’art. 23 bis, comma 1 e alla presenza di “*situazioni tali da non permettere – in relazione alle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento – «un efficace ed utile ricorso al mercato del servizio»*”,

²⁸³ Soglie di cui all’art. 4, comma 1, Reg. del. n. 168 del 2010

a un affidamento.

La “rilevanza economica” ha quindi ad oggetto una valutazione circa le possibilità dell’apertura di un mercato, e non solo delle condizioni già effettivamente esistenti, secondo un giudizio di concreta realizzabilità, che prescindendo da qualunque determinazione soggettiva dell’ente permetta di accertare se e come applicare le regole concorrenziali e concorsuali inerenti l’affidamento della gestione.

Da ciò si deduce che tale nozione si caratterizza per due aspetti: il primo, appena esaminato attiene l’aspetto *potenziale* del significato del termine coniato dal legislatore nazionale, mentre il secondo riguarda l’*economicità* della gestione, interpretata estensivamente dalla Corte, che vi ricomprende quantomeno una copertura dei costi a mezzo dei ricavi, di qualunque natura essi siano - anche finanziamenti pubblici - in un determinato lasso di tempo.

La sola prognosi di inefficacia di un ricorso al mercato adombrata dall’ente locale attraverso una valutazione comparativa che tenga conto degli obiettivi perseguiti non vale pertanto a privare il servizio che si intende assumere dall’applicazione delle procedure concorsuali.

Ne discende pertanto che, chiarito come la determinazione della economicità reale o potenziale di un servizio non possa essere rimessa alla discrezionalità dell’ente, la Corte puntualizza anche come la definizione dei caratteri della nozione non possa che rientrare nella competenza statale²⁸⁴,

²⁸⁴ Cons. dir. 9.2.

7. Conclusioni

Da quanto finora rilevato, vi è una considerazione prodromica al prosieguo del discorso. Se infatti la rilevanza economica dipende dai peculiari caratteri dell'attività esercitata, ne deriva che la stessa locuzione di (servizio pubblico) "locale" assume una valenza che è meramente descrittiva, atta esclusivamente ad indicare che quel determinato servizio è assunto e affidato da un ente territoriale minore.

Come infatti appare evidente, non è certo più l'inquadramento come "locale" di un servizio a poter attribuire ad esso una rilevanza non economica. E' vero che a una simile considerazione era possibile giungere fin dalla prima e nota pronuncia della Corte sul tema²⁸⁵, pur tuttavia in questa circostanza vi è stato modo per i giudici di affrontare l'argomento direttamente, in virtù di esplicite censure sollevate non più solo nei confronti dei riparti di competenze.

Ciò significa che sarà la giurisprudenza a continuare a determinare caso per caso²⁸⁶, quali servizi siano da intendere economicamente rilevanti oppure no.

La Corte Costituzionale ha infatti probabilmente percepito come, anche a seguito dell'abolizione degli ATO²⁸⁷, la locuzione di "locale", essendo oltretutto priva di una connotazione giuridica, assuma ancora di più il tratto di uno solo dei tanti possibili elementi sintomatici idonei ad escludere la rilevanza economica di un servizio. Il dato di fondo rimane però il medesimo: ovvero l'impossibilità di determinare aprioristicamente tale "rilevanza", aspetto che continuerà ad essere oggetto di sindacato da parte del giudice

²⁸⁵ Sempre la sentenza n. 272 del 2004

²⁸⁶ E' stato ad esempio identificato come servizio pubblico locale anche il servizio di illuminazione votiva delle lampade cimiteriali, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 6049 del 2008

²⁸⁷ L'art. 2, comma 186-bis, della Legge 23 dicembre 2009 n. 191, introdotto dall'art. 1, comma 1-quinquies della Legge 26 marzo 2010 n. 42 ha abrogato le Autorità d'ambito di cui all'art. 148 d.lgs 152/2006 che esercitavano le competenze in materia di gestione delle risorse idriche di spettanza di Province e Comuni.

amministrativo.

Può essere forse d'ausilio all'interprete però la normativa e soprattutto la giurisprudenza Europea.

Come noto infatti il diritto interno si è conformato agli orientamenti della CGCE prima e della Commissione europea poi che avevano condotto ad assimilare il concetto di attività economica a quello di una qualsiasi “*attività che comportasse l'offerta di beni e servizi su un dato mercato*”.

Attività che, anche se sottoposta all'applicazione delle regole dei Trattati in materia di concorrenza merita una verifica attinente alla specificità della fattispecie concreta²⁸⁸.

Un approccio questo di chiara natura induttiva, palesemente opposto a quello adoperato durante tutto il secolo scorso dalla dottrina e dalla giurisprudenza interne in tema di servizi pubblici, che hanno privilegiato percorsi volti alla individuazione e costruzione di categorie generali, secondo una prospettiva più deduttiva – ontologica che non induttiva.

Il cambio di prospettiva si è però reso necessario in virtù del fatto che, come non era ipotizzabile a livello europeo una nozione univoca di servizio pubblico, a maggior ragione ciò si può dire del servizio pubblico locale.

L'impostazione originariamente adottata richiedeva pertanto un capovolgimento, forse neppure del tutto consapevole, ma che sicuramente riflette le linee direttrici del *modus agendi* delle Istituzioni Europee volte a costruire una legalità sostanziale dal basso

²⁸⁸ La Commissione europea nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM 270/03) precisò che le norme sulla concorrenza andavano applicate solo alle attività economiche e che tale distinzione aveva carattere dinamico ed evolutivo, circostanza questa che impediva a priori la fissazione di un elenco di servizi aventi natura non economica. La stessa CGCE, con sentenza del 22 Maggio 2003, cause 18/01, infatti chiarì che la valutazione circa le circostanze e le condizioni alle quali il servizio veniva prestato, tenendo conto dell'assenza di scopo lucrativo, della mancata assunzione del rischio connesso all'attività e dell'eventuale finanziamento pubblico. La stessa sentenza n. 272 del 2004 richiama la pronuncia della CGCE sopracitata.

ricorrendo a nozioni fondate su indici predefiniti, seppur non immutabili, di identificazione²⁸⁹

D'altronde nel momento in cui la Commissione Europea afferma²⁹⁰ che in alcuni casi il servizio può definirsi pubblico quando è offerto alla collettività, in altri perchè ad esso è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora perchè si riferisce allo status o alla proprietà dell'ente che il servizio lo ha assunto, ci si rende conto di come in tale elencazione siano stati colti molti degli aspetti problematici fatti propri da dottrina e giurisprudenza italiane del ventesimo secolo con riguardo alla concezione oggettiva o soggettiva del pubblico servizio.

Ciò perchè, stante il principio di neutralità vigente in ambito comunitario²⁹¹, e appurato che il principio di proporzionalità fino a tempi recenti, è nei fatti risultato recessivo rispetto all'azione degli Stati e degli enti infrastatali²⁹², è assolutamente influente chi sia il soggetto che assume il servizio, ai fini dell'applicazione della normativa europea in tema di concorrenza e antitrust. Tutto il discorso verte pertanto sull'individuazione di attività che sia o non sia economica.

Se però il concetto in questione, di fatto riconducibile alla imprenditorialità o meno dell'attività esercitata è coerente con quanto stabilito dalla CGCE, troppo spesso ci si dimentica che le regole in tema di concorrenza vigenti a livello sovranazionale – per quanto stringenti - trovano applicazione soltanto quando possa aversi un “pregiudizio al commercio tra Stati membri”²⁹³.

Anche se in tema di SPL è un'altra la disposizione principale che è

²⁸⁹ Sul punto, anche se all'interno di un discorso più ampio, cfr. F. MERUSI, “*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*”, in *Dir. Pubbl.*, 2/2007

²⁹⁰ Cfr. punto n. 42 COM 374/2004 cd. Libro bianco sui servizi di interesse generale

²⁹¹ Art. 345 TFUE, ex art. 295 TCE

²⁹² Ci si riferisce all'applicazione art. 86, comma 2, ora art. 106 TFUE

²⁹³ Ex art. 81, comma 1, TCE, ora art. 101 TFUE, criterio questo che determina l'applicazione delle norme europee, in particolare del Reg. 1/2003, come precisato dalla stessa Commissione nella COM 101/07 del 2004, punti 8 e 12

sempre stata presa in considerazione ai fini di individuare un punto normativo di riferimento all'intero della normativa europea²⁹⁴ per via dell'espressione di quel principio di proporzionalità dell'azione dei pubblici poteri, determinare il campo di applicazione di quella norma è esercizio antecedente alla individuazione dei casi in cui può esservi deroga.

Questo non significa certo che un servizio pubblico locale non possa creare pregiudizi agli assetti di mercato interno e sovranazionale, ma sarebbe stato opportuno quantomeno che la Corte Costituzionale avesse ricordato che per la normativa europea la disciplina statale rileva innanzitutto solo se suscettibile di creare pregiudizio agli assetti del mercato unico.

Rispettato questo parametro, che il giudice comunitario si preoccupa di verificare per primo, questo sì, alla luce del criterio di imprenditorialità dell'attività esercitata, l'ordinamento europeo resta del tutto indifferente alle scelte del singolo Stato membro, senza che sia necessario ricorrere ad altri scrutini.

Pertanto in tal caso, l'attività dell'ente locale deve essere valutata soltanto alla stregua della normativa interna, che ben può, questo sì, essere più rigorosa di quella comunitaria.

Ed è proprio questo il senso dell'introdotta disciplina che prevede un parere dell'AGCM per tutti quegli affidamenti in house che superino determinate soglie.

Se infatti è il giudice nazionale a determinare poi in concreto quando un servizio acquisisca rilevanza economica, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha il compito di rendere edotti gli enti di quelle attività che potrebbero avere sensibili impatti sulla concorrenza, poiché il legislatore, ma meglio sarebbe dire il Governo, ha presunto che sotto una certa soglia non vi possano essere restrizioni sensibili agli assetti concorrenziali, se non a livello interno. Anche se

²⁹⁴ L'ovvio riferimento è all'art. 106 TFUE, ex art. 86 TCE

nulla ovviamente escluderebbe che poi l'erogazione di un servizio in autoproduzione, a seguito parere conforme dell'AGCM possa essere ritenuto dal giudice amministrativo illegittimo. Le soglie fissate comunque nella sostanza altro non sono che un adattamento all'ambito degli SPL di quelle suggerite dalla Commissione europea²⁹⁵ per individuare quelle intese di importanza minore che non erano suscettibili di incidere sugli assetti dati (*cd. accordi de minimis*).

²⁹⁵ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea, 2001/C 368/07, richiamata a tal proposito dalla comunicazione AGCM, AS761 del 10 Settembre 201080

CAPITOLO TERZO

La giustiziabilità dei regolamenti delegati

1. Premessa : Sulla necessità di un ricorso alla delegificazione.

Vi sono forse ulteriori ragioni che sconsigliano il ricorso alla delegificazione in un ambito materiale quale i cd. servizi di pubblica utilità, che già presenta innumerevoli contraddizioni interne in parte esaminate nel capitolo precedente.

Probabilmente anche i motivi che ci si appresta a trattare hanno indotto il legislatore a dettare una nuova disciplina a seguito dell'esito delle recenti consultazioni referendarie²⁹⁶, la quale si distingueva innanzitutto per la composizione del nuovo testo inerente la gestione dei servizi pubblici locali, posto che esso comprendeva quanto prima suddiviso tra legge e regolamento di delegificazione²⁹⁷.

Prima ancora di approfondirne nel merito i contenuti, si segnala come la scelta del ricorso ad un altro modello di formazione del dato normativo rappresentasse quantomeno un punto di inizio per il raggiungimento dell'agognata stabilità in tema di servizi pubblici, soprattutto locali. Condizione necessaria, anche se non sufficiente, è che infatti la disciplina dettata non risulti compromessa - *ab origine* - dal modello procedimentale scelto prima ancora che risultare lacunosa ed imperfetta nel merito.

Considerate infatti le evoluzioni in tema di distorsioni dell'esercizio e dell'attribuzione del potere regolamentare, la scelta del legislatore

²⁹⁶ Cfr. *retro*, Introduzione.

²⁹⁷ Cfr. art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni nella legge n. 148/2011. v *infra* Cap. IV, par. 2, 5.2 ss.

del 2008 di procedere a una delegificazione era di per sè suscettibile di destare perplessità.

In parte perchè prendeva posto in uno scenario nel quale, già all'indomani dell'entrata in vigore della l. 400 del 1988, erano noti i tentativi del Governo di emanare decreti governativi e ministeriali che riportassero formalmente la dicitura di “non regolamentari”²⁹⁸, seppur in realtà avessero natura normativa, per sfuggire proprio ai vincoli normativi e procedimentali²⁹⁹ che la stessa legge aveva previsto. Tale aspetto evidenziava come alla segnalata tendenza dell'estrema indeterminatezza con la quale il legislatore, nel procedimento di delegificazione, stabiliva il raggio d'azione della fonte secondaria, si accompagnava un ruolo dell'Esecutivo volto a ricercare anche da sè spazi di intervento normativo camuffati da attività provvedimentali, attraverso l'attribuzione di una pretesa normatività ad atti in realtà amministrativi³⁰⁰.

Un'altra perplessità, che in parte si interseca con quella appena sollevata, attiene alla scelta di una delegificazione a seguito dalla citata riforma del nuovo titolo V della Costituzione.

Non solo per il rischio di incorrere in una qualche violazione nel riparto di competenze Stato – Regioni, preoccupazione come visto parzialmente neutralizzata dalla Corte Costituzionale, ma anche perchè da un punto di vista inerente la scelta politica, ha rappresentato

²⁹⁸ Cfr. a tal proposito *ex multis*, U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare*, cit., p. 63 ss.; F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali “non aventi natura regolamentare”*, in *Quad. cost.*, 2003, 821 ss.

²⁹⁹ Che nel caso dei regolamenti riguarda l'obbligatorietà di acquisire il parere del Consiglio di Stato, l'emanazione a mezzo di decreto del Presidente della Repubblica, ottenimento del visto e della registrazione della Corte dei Conti e pubblicazione nella Gazzetta ufficiale con la denominazione espressa di “regolamento”

³⁰⁰ La distinzione è ben tratteggiata in, Corte di Cassazione, SS.UU., n. 10124 del 1994, attraverso la quale ben si delineano i tratti caratteristici della fonte regolamentare e la distinzione con gli atti amministrativi generali. Si aggiunga che il TAR Lazio, sez. II, sentenza n. 843 del 1990, aveva precisato come in assenza di una norma attributiva del potere come quella prevista all'art. 17 della l. 400 del 1988 si impone l'accertamento del puntuale conferimento del potere regolamentare della P.A.

un elemento inusuale che non consente di cogliere la convenienza della scelta se si guarda al solo dato della speditezza dell'iter legislativo prescelto.

Nelle ultime legislature infatti il Governo è stato solito ricorrere primariamente allo strumento del decreto³⁰¹, ottenendo poi la conversione in legge tramite il voto di fiducia e rimettendo la disciplina degli aspetti formali e sostanziali a “decreti di natura non regolamentare” al fine non soltanto di rendere più difficoltoso il sistema dei controlli giurisdizionali, ma anche tentando di arginare quel riparto di competenze fissato all'art. 117 Cost., in una tendenza sempre più accentratrice che ha reso l'Esecutivo vero *dominus* della normazione, secondo una spirale definibile quantomeno autocratica. Con riguardo al procedimento in sè tale descritta situazione è l'esatto opposto di quanto, almeno attenendosi al dato formale, dovrebbe avvenire nel caso di una delegificazione.

E' infatti innegabile che il ricorso ad essa esponga il Governo a una maggiore responsabilità quanto alla corrispondenza tra il tipo di atto prescelto e gli effetti da esso prodotti soprattutto nei confronti del sistema delle fonti. Tuttavia, qualora il modello procedimentale fissato dalla legge del 1988 non venga snaturato nei requisiti formali e sostanziali, vi è stato modo di appurare come si assista a una tipologia di normazione che incontra l'intervento di numerosi soggetti, in quello che appare come – in tali casi – un modello di *razionalizzazione* del sistema delle fonti secondarie che non lede la posizione di primazia ricoperta dal Parlamento, ma che sicuramente non rappresenta anche un'opera di snellimento delle procedure

³⁰¹ Sul fenomeno e relativo abuso dell'istituto è intervenuta la Corte Cost. già con sentenza n. 360 del 1996. La dottrina segnalava già tuttavia da tempo come fosse necessario introdurre dei correttivi all'utilizzo della decretazione d'urgenza. Cfr. ex multis V. CARUSI (a cura di), Corte Costituzionale - Servizio studi, *I decreti legge, presupposti giustificativi e controlli*, fasc. II, p. 252 ss.

stesse³⁰².

Procedure ulteriormente aggravate dalla tendenza nell'ultimo decennio volta all'espansione della funzione consultiva del Parlamento proprio sugli atti normativi dell'Esecutivo³⁰³, espressione del tentativo di disegnare un nuovo equilibrio, attraverso piccoli ma significativi ritocchi ai procedimenti di formazione legislativa che hanno portato anche all'istituzione di nuovi organi, quali ad esempio il Comitato per la legislazione, volti ad esprimere pareri tecnici in merito alla qualità della normazione stessa. Quanto al parere reso delle commissioni parlamentari competenti, si osserva che quella che prima era una possibilità è diventata passaggio necessario a seguito di una recente novella.³⁰⁴

Il dato interessante ai fini del discorso in esame consta nel fatto che seppure le funzioni consultive vengano esercitate da Comitato e Commissioni non solo disgiuntamente, ma anche cumulativamente, ad oggi non si registri alcun parere reso dal Comitato sugli schemi di regolamento governativi, probabilmente perchè in ordine a questi non è ancora prevista alcuna obbligatorietà.

Per questo non sembra infatti indice di casualità il fatto che dei possibili vizi sostanziali ravvisabili nel regolamento n. 168 del 2010 l'unica tipologia rinvenibile fosse quella relativa all'indicazione delle norme da abrogare contenute nella fonte secondaria senza previa indicazione della fonte primaria. Si è infatti avuto modo di notare

³⁰² Circa il fatto che il procedimento non fosse poi così celere e snello anche con riferimento alle leggi annuali di semplificazione cfr. M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubbl.* n. 2/2000, p. 386 ss

³⁰³ Ci si riferisce *in primis* all'art. 16bis della Camera dei deputati, introdotto nel 1997 con delibera del 24.09, il quale prevede l'istituzione del Comitato per la legislazione di composizione bipartisan, il quale formula pareri tecnici anche su leggi autorizzanti la delegificazione, nonchè sugli schemi di atti normativi del Governo quali appunto i regolamenti delegati.

³⁰⁴ L'art. 5 della l. 69 del 2009 ha infatti previsto che il Governo ha l'obbligo di assumere il parere delle Commissioni parlamentari competenti circa lo schema di regolamento, con il relativo dovere per queste di pronunciarsi entro 30 giorni dalla richiesta.

come la legge abbia subordinato l'abrogazione all'individuazione di norme incompatibili con la disciplina introdotta. Il regolamento non solo le ha individuate in concreto, ma in un caso ha abrogato una disposizione che non rispondeva neppure al requisito dell'incompatibilità con la disciplina fissata dalla legge autorizzante. Se allora l'unico vizio riscontrabile - tra quelli inerenti la rispondenza al modello generale - è contenuto nella fonte subordinata, si identifica un maggior controllo del Parlamento sulla legge autorizzante, più che sul regolamento governativo.

L'insieme delle prescrizioni procedimentali, come anche emendate negli ultimi anni tramite il potenziamento della funzione consultiva del Parlamento sembrano tuttavia da ultimo andare nella direzione di un tentato recupero della posizione del Legislatore nella formazione degli atti normativi qualora si ricorra alla delegificazione.

Il punto dirimente è però un altro: la presenza dei contrappesi al potere dell'Esecutivo trova origine in un momento storico differente e con una ratio ispiratrice diversa.

Tali funzioni consultive sono state infatti concepite in un contesto nel quale sembrava che si giungesse a una costituzionalizzazione delle poteri regolamentare e delle relative prerogative.³⁰⁵

Si aggiunga che l'intento originario del ricorso al trasferimento di competenze nasceva per esigenze semplificatrici, vanificate dalle continue difformità dal modello previsto dall'art. 17, comma 2, l. 400 del 1988 e dalle problematiche inerenti i riparti competenziali ex art. 117, comma 6, Cost.

Per questo, l'ulteriore previsione di funzioni consultive, soprattutto ove non ben coordinato³⁰⁶, seppur nato con intenti lodevoli, e

³⁰⁵ Cfr. *supra*, Cap. II

³⁰⁶ Si potrebbe ad esempio rendere obbligatorio il parere del Comitato per la legislazione sullo schema di regolamento, senza che si rendesse necessaria la previa richiesta di 1/5 dei componenti il comitato stesso.

Altra problematica inerisce la possibilità per le commissioni parlamentari competenti di discostarsi dal parere reso dal Comitato mediante una semplice

esaudendo altre legittime esigenze partecipative, non semplifica, bensì aggrava il procedimento di adozione dei regolamenti.

Con questo non si vuole giungere a esprimere un giudizio di valore in preferenza o a discapito di una ratio semplificatrice del modello delineato dal legislatore.

Si vuole più modestamente rilevare come probabilmente non si sia giunto a una semplificazione del sistema delle fonti e nè tantomeno si sia posto un argine alla crisi del principio di legalità e della riserva di legge che anche questo procedimento di formazione normativo ha contribuito a aggravare.

Il modello in sé non è però l'unico elemento foriero di problemi, perchè anche il regolamento in quanto atto normativo presenta sotto il profilo della giustiziabilità, problematiche di non poco conto. Lo stesso *vulnus* di cui si rende artefice il modello di delegificazione all'interno delle fonti del diritto, ripropone infatti criticità in relazione alla giustiziabilità dei regolamenti stessi.

2. Aspetti generali della giustiziabilità e il principio di legalità sostanziale.

Le problematiche inerenti il sindacato dei regolamenti, delegati e non, è in parte originato, come noto, dalla stessa previsione della Carta costituzionale³⁰⁷ che nega, *rectius* : non prevede, l'assoggettamento della fonte secondaria al sindacato del Giudice delle leggi, nonostante autorevole dottrina, sin dai primi anni dell'entrata in vigore della Carta, avesse proposto una concezione sostanziale della primarietà che

motivazione. Per una analisi esaustiva della reale efficacia dell'opera del Comitato cfr. T. DE PASQUALE, *La giurisprudenza consultiva del comitato per la legislazione sulla delegificazione : tra modello generale e prassi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2011

³⁰⁷ L'art. 134 Cost. nel prevedere le attribuzioni della Corte Costituzionale non annovera tra di esse la competenza a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale dei regolamenti, rientrandovi solo la legge e gli atti aventi forza di legge

prescindesse dalla natura dell'atto al fine del controllo dei vizi di costituzionalità³⁰⁸. Ciò sulla base del fatto che spesso il regolamento si discosta dal modello degli atti amministrativi particolari, ovvero, come nel caso in esame arrivi a disciplinare praticamente *ex novo* intere materie o parti di materie, giungendo a operare non diversamente da una fonte primaria.

Fenomeno questo che si può ben cogliere nel caso per l'appunto di una delegificazione.

Quanto in questa sede si cercherà però di sostenere non è tanto l'opinabilità delle scelte dei Costituenti con riferimento al sindacato sui regolamenti, ma di illustrare come è la stessa fonte regolamentare in sè, e maggiormente se si tratta di un regolamento delegato, a porre difficoltà applicative e interpretative all'interno dello stesso sindacato giurisdizionale.

Discorso che potrebbe essere affrontato anche in innumerevoli altri contesti, ma che in questa circostanza ha il pregio di evidenziare un'ulteriore ragione che dovrebbe rendere incline il legislatore ad essere cauto nell'affrontare tematiche quali quelle inerenti i servizi di pubblica utilità a mezzo di delegificazioni, visti gli ancora numerosi nodi da sciogliere che si illustrati nel capitolo precedente.

L'attualità del tema risalta maggiormente se si considera la quantità di delegificazioni anomale che si sono susseguite negli anni e che non possono che riproporre perciò il tema di una adeguata forma di tutela giurisdizionale, poiché la mancata o non sufficiente delimitazione dell'esercizio del potere regolamentare pone il potere esecutivo nella condizione di dettare la disciplina di una materia formalmente regolamentare, ma che in realtà è posta sullo stesso piano della fonte primaria, quanto agli effetti e alla cogenza nei confronti dei destinatari.

Non si vuole indagare circa l'estensione del sindacato di legittimità

³⁰⁸ Cfr. C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, cit., p. 93 ss.

costituzionale diretto da parte della Corte, oramai pacificamente e unanimemente escluso non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza, non solo Costituzionale³⁰⁹.

Se infatti da un lato si può affermare che gli incerti confini dell'ambito di operatività del regolamento possono riverberarsi sull'intero sistema delle fonti del diritto, non è tuttavia negabile che una sostanziale equiparazione della fonte primaria a quella secondaria attraverso l'estensione del sindacato di costituzionalità possa risultare ancora più abnorme se avallata dall'ordinamento.

Senza inoltre considerare che un sindacato giurisdizionale rimesso ai giudici comuni potrebbe comunque risultare più pregnante di quello costituzionale.

Preliminarmente si può rilevare che i procedimenti di formazione delle fonti secondarie richiedono sempre più l'intervento di ulteriori soggetti con conseguente aggravio delle procedure, si pensi agli accordi o alle intese, ragion per la quale si intuisce come al giudice sia richiesta una adeguata ponderazione degli interessi in gioco. Ruolo che può essere agevolmente ricoperto da un giudice amministrativo piuttosto che dalla Corte costituzionale, soprattutto se consideriamo che spesso è stato proprio il giudice amministrativo a definire i principi non codificati in merito ai regolamenti³¹⁰.

E da un punto di vista pratico – applicativo, ritenere che a giudicare sulla legittimità dei regolamenti sia lo stesso giudice chiamato ad applicarli non può che essere condivisibile, per due ordini di ragioni, che si colgono sostenendo l'esclusione di un sindacato diretto sulle fonti secondarie da parte del Giudice delle Leggi.

L'ambito di operatività del sindacato della Corte non è infatti definito dalla illegittimità costituzionale - ovvero dal vizio – quanto piuttosto dall'oggetto: la legge e gli atti avente forza di legge.

³⁰⁹ Cfr. da ultimo Cons. St., n. 5980 del 2010

³¹⁰ Come fa notare G.MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 4/1997, 684 ss.

L'attuale forma di governo ha poi natura monista, pertanto il potere legislativo è riservato al Parlamento e non riconosciuto in via originaria e concorrente all'Esecutivo, motivo per il quale il controllo della Corte dovrebbe intendersi limitato alle sole fonti primarie,³¹¹ visto che l'attribuzione al Governo di sfere di competenza normativa, soprattutto se disposto a mezzo di legislazione ordinaria, non sarebbe in grado di giustificare l'estensione del sindacato della Corte ai regolamenti, in quanto si tratterebbe di attribuzioni all'Esecutivo pur sempre reversibili da parte del Legislatore.

Diversa sarebbe pertanto la situazione qualora in Costituzione, come si prevedeva di fare con la Bicamerale cd. D'Alema³¹², fosse stata introdotta una riserva di regolamento, dato il riconoscimento di una competenza normativa che sarebbe sfuggita alla discrezionalità del Parlamento, sulla falsariga di quanto avvenne sul finire degli anni '90 con le prime leggi di semplificazione che, come ovvio, non potevano fornire una copertura costituzionale al modello delineato.

D'altra parte è pur vero però che quando il regolamento è espressione di un'alterazione del sistema delle fonti del diritto, a lungo il giudice amministrativo non è stato ritenuto dotato degli strumenti idonei a sanzionare la violazione di cui la fonte secondaria era espressione o comunque mezzo indiretto.

Resta da vedere se tale inidoneità attribuita al giudice amministrativo ancora sussiste e se le posizioni assunte fino ad oggi in concreto dalla Corte Costituzionale, al di là della già accennata posizione che vuole il Giudice delle Leggi pronunciarsi attraverso ordinanze di inammissibilità tutte le volte in cui viene portato in giudizio una questione di legittimità riguardante il regolamento in sè, abbiano condotto ad altre forme di sindacato regolamentare. Spetta quindi al giudice comune il compito di verificare la legittimità del

³¹¹ Cfr. Corte Cost., n. 23 del 1989

³¹² Cfr. *retro*, note Cap. II, par. 2.1

regolamento stesso, restando rimesso alla Corte la verifica della legittimità costituzionale della fonte primaria abilitante il governo all'emanazione della fonte secondaria³¹³.

L'aspetto problematico di questa costruzione si coglie però nel momento in cui, oltre allo scrutinio sul vizio proprio ed esclusivo del regolamento stesso, si intenda affidare al giudice comune anche il compito di valutare il rapporto intercorrente tra legge e regolamento, al fine di eventualmente annullare o disapplicare le norme adottate per esempio al di fuori delle materie oggetto di delegificazione.

Nel caso del regolamento n. 168 del 2010, la legge autorizzante poneva a dire il vero principi idonei a delimitare la sfera di discrezionalità dell'Esecutivo nell'esercizio del potere regolamentare. Ration per cui qualora questi non fossero stati rispettati si sarebbe ravvisato un vizio esclusivo del regolamento, con la conseguenza che i giudici comuni avrebbero ben potuto intervenire sulla fonte secondaria attraverso un annullamento o una disapplicazione di questa, determinando la reviviscenza della fonte abrogata dal regolamento delegificante, avvenuta in assenza di una previa indicazione della norma abroganda da parte della fonte primaria.

I casi più ricorrenti riguardano invece proprio la circostanza nella quale è la stessa legge autorizzante a porre principi incostituzionali, perchè dispone ad esempio in materie coperte da riserva assoluta, o più frequentemente, non pone le norme generali regolatrici della materia, derivandone che ci si trova innanzi a un potere regolamentare esercitato in assenza di parametri definiti dalla singola legge autorizzante, con la conseguenza che l'illegittimità del regolamento non può più essere valutata in virtù del fenomeno della cd. dissolvenza della legge³¹⁴.

³¹³ Ripartizione questa ben delineata in Corte Cost, n. 427 del 2000

³¹⁴ G. DI COSIMO, *Delegificazione e tutela giurisdizionale*, in *Quad.*

Tale motivo ha indotto autorevole dottrina a prospettare in tali circostanze una sorta di doppia tutela, ammettendo la possibilità che, nei confronti di una legge di autorizzazione, fosse possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale in virtù di una violazione del principio di legalità sostanziale³¹⁵. Censura che tuttavia avrebbe potuto riguardare solo la fonte primaria, poiché esclusa la possibilità di impugnare il regolamento innanzi alla Corte Costituzionale, uno scrutinio inerente la fonte secondaria avrebbe dovuto essere operato dalla giurisdizione comune.

Mancando tuttavia il dato positivo di riferimento, per procedere al sindacato, ai fini dell'annullamento o della disapplicazione l'unico parametro idoneo a indirizzare la decisione del giudice sarebbe da ricercare nelle norme costituzionali.

Si consideri poi che, come già avuto modo di osservare, unanimemente la dottrina e la stessa Corte ritengano che le norme generali di una materia abbiano un perimetro meno ampio e più circoscritto rispetto ai principi e i criteri direttivi della delega legislativa.

Si potrebbe auspicare che tale affermazione, contenuta nella già ricordate sentenze n. 307 del 2003 e 303 del 2005, sulla scia di quanto affermato nella già citata pronuncia n. 150 del 1982, potrebbe aprire a una giurisprudenza costante che sanzioni l'illegittimità costituzionale di leggi autorizzanti la delegificazione che presentino norme di principio in luogo di vere e proprie norme generali.

Illegittimità che, secondo una recentissima pronuncia del Giudice delle Leggi³¹⁶, sarebbe ricavata proprio dalla violazione del principio

cost., n. 2/2002, p. 241 ss

³¹⁵ L.CARLASSARE, *Regolamento*, p. 636 ss.

³¹⁶ La sentenza n. 115 del 2011 dichiarava l'incostituzionalità di una norma che autorizzava i sindaci ad emanare ordinanze con contenuto ed efficacia a tempo indeterminato, anche al di fuori dei casi di necessità e urgenza. Nel farlo la Corte rileva innanzitutto come i vizi non fossero propri dell'atto amministrativo e quindi non rinvenibili all'interno dello stesso, tale da non permettere al giudice di valutare in concreto la legittimità degli atti impugnati.

di legalità sostanziale sollevata dal giudice remittente, al fine di far aderire almeno in parte la delegificazione al modello formale delineato dall'art. 17, comma 2, della l. 400 del 1988.

Legalità sostanziale che, in quanto principio cardine dello stato di diritto non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, essendo insufficiente che l'esercizio di un potere sia solo teleologicamente orientato, rendendosi necessaria una precisa delimitazione anche nel contenuto e nelle modalità.³¹⁷

Senza il ricorso al doveroso rispetto del principio di legalità sostanziale, in assenza invece della definizione di tali perimetri e limiti verrebbe meno la possibilità di effettuare un raffronto tra norma primaria e secondaria. Ciò nonostante ad oggi è pervenuto un solo caso in cui il giudice costituzionale ha sanzionato l'illegittimità dei limiti posti da una norma primaria attribuente la potestà regolamentare, in un caso oltretutto nel quale tale potestà non si esplicava attraverso regolamenti governativi³¹⁸.

Infatti, nelle restanti circostanze in cui la Corte ha analizzato questioni riguardanti le leggi e i regolamenti delegati l'ambito di riferimento è quasi sempre coinciso con l'applicazione dell'art. 117, comma 6, cost. e quindi ha primariamente interessato i rapporti Stato – Regioni³¹⁹. Dall'analisi compiuta risulta pertanto che se la Corte può essere ritenuta come giudice del regolamento almeno per ciò che riguarda le questioni competenziali Stato – Regioni, lo stesso non può ancora dirsi per i regolamenti delegati, dove il controllo della Corte, per i motivi appena citati, può essere soltanto indiretto.

L'accertamento di patologie legate alla dissolvenza della legge per

³¹⁷ Ciò in senso conforme alle pronunce n. 150 del 1982, n. 307 del 2003 e n. 32 del 2009

³¹⁸ Cfr. Corte Cost. n. 301 del 2003, inerente la censura di una disposizione che demandava a un ministro la potestà regolamentare abilitata a sostituirsi a disposizioni legislative preesistenti

³¹⁹ Pronunce e problematiche cui si fa ampio riferimento *supra* Cap. II, par. 5-6

violazione del principio di legalità sostanziale, come espresso in alcune pronunce, sembra essere forse l'unica strada percorribile ai fini dell'effettività della tutela giurisdizionale.

La verifica del mancato rispetto del principio di legalità da parte della fonte primaria imporrebbe comunque un *coordinamento* tra l'opera del giudice remittente e del Giudice delle Leggi. Affinchè la Corte possa infatti arrivare a pronunciarsi tenendo in considerazione anche la fonte regolamentare è necessario che sia proprio il giudice comune ad evidenziare il rapporto intercorrente le due fonti così da evidenziarne gli elementi patologici.

Qui è insita la ragione della necessità di considerare l'atteggiamento e la maturazione delle posizioni dei giudici amministrativi da ultimo espresse.

Aspetto che diventa ancora più evidente se consideriamo che, come noto, qualora il vizio sia proprio della sola fonte secondaria, il sindacato è di esclusiva spettanza proprio dei giudici comuni. Quanto da appurare nel prosieguo del lavoro è pertanto non solo l'evoluzione delle giurisprudenze della Corte Costituzionale, ma soprattutto la verifica di elementi che denotino quale sia il grado di completezza ed efficacia raggiunto dal giudice amministrativo in tema di sindacato giurisdizionale sui regolamenti.

3. Il Giudice delle Leggi e il sindacato regolamentare.

Si è avuto modo di osservare come il dato di partenza consti nell'impossibilità di attrarre i regolamenti nel sindacato della Corte Costituzionale. Può tuttavia accadere che, qualora oggetto del giudizio siano regolamenti aventi carattere normativo, in via eccezionale la Corte ammetta, seppur mai direttamente, uno scrutinio sugli stessi.

E' risaputo come prima del fondamentale saggio di Mortati,

nessuno avesse sollevato alcuna perplessità in ordine all'esigenza di equiparare i regolamenti normativi agli atti aventi forza di legge sottoposti a un sindacato di costituzionalità.

E anzi risalta come lo stesso autore fu indotto ad argomentare in tal senso proprio in virtù della generale dilatazione del potere regolamentare dell'Esecutivo³²⁰, ben prima quindi dell'entrata in vigore della l. 400 del 1988, in un momento nel quale solo parte della dottrina già si interrogava circa l'estensione dello stesso e sulle modalità di attribuzione di forza di legge ad atti differenti da quelli contemplati negli artt. 76 – 77 Cost.³²¹

Emerge dalla fondamentale opera dell'autore una presa di visione della sussistenza di atti - fonte che pur occupando una posizione equiparabile a quella delle fonti di rango primario risente di un sindacato differente da quello tipico che ha ad oggetto le leggi. Questo per via di una teoria che fonda il potere regolamentare non tanto sull'autorizzazione espressa o implicita della legge, ma in riferimento alla stessa posizione ricoperta da determinati organi od enti che proprio per tale ragione ne assumono l'esercizio.

Fino al momento in cui tale ricostruzione non fosse stata accolta, fonti secondarie equiparabili sostanzialmente alla legge sarebbero quindi state sottoposte al sindacato di un giudice diverso, meno sensibile ai profili di legittimità costituzionale e con un modello processuale e cognitorio che incontrava difficoltà anche solo nel percepire la natura normativa dell'atto regolamentare.

Questa differenza avrebbe condotto a ritenere l'insufficienza di controlli giurisdizionali in merito alle fonti secondarie, se comparati agli scrutini svolti dalla Corte Costituzionale sulle fonti primarie.

La costruzione teorica del Mortati non ha però trovato seguito nella

³²⁰ C. MORTATI, *Atti aventi forza di legge*, 36 ss., cit.

³²¹ Cfr. CRISAFULLI, *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti con forza di legge*, in *Giur. Cost.*, 1959; C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli atti aventi forza di legge*, in *Giur. Cost.*, 1959 p. 1081 ss.

dottrina³²², nè tantomeno nella giurisprudenza.

Per tale ragione la prospettazione di un sindacato diretto sul regolamento viene solitamente risolta attraverso concise ordinanze di manifesta inammissibilità, anche qualora potrebbero astrattamente sussistere elementi per giungere a un sindacato indiretto, che viene tuttavia escluso o perchè magari non vengono in evidenza ulteriori aspetti,³²³ oppure poiché non si ritiene evidenziato il nesso tra le due fonti³²⁴ e quindi il *continuum* normativo richiesto tra la fonte primaria e quella secondaria³²⁵.

Ad oggi una cognizione diretta del Giudice delle Leggi sui regolamenti è pertanto prevista soltanto in sede di conflitto di attribuzione Stato – Regioni.

Non mancano tuttavia le vie indirette per riconoscere un sindacato di costituzionalità su questa tipologia di fonte.

3.1. Il diritto vivente di origine regolamentare e le sue derivazioni

Secondo un orientamento inaugurato da un saggio di Esposito³²⁶ in conformità ad una sentenza della Corte Costituzionale del 1962³²⁷, i regolamenti, almeno di esecuzione, avrebbero potuto formare oggetto di cognizione del Giudice delle Leggi, in tutti quei casi in cui il potere regolamentare non fosse stato delimitato dalla fonte primaria. Il

³²² *Ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967

³²³ Cfr. es. tra le più recenti le ordinanze n. 130 del 2007 e n. 20 del 2008

³²⁴ Cfr. es. ordinanza n. 442 del 2006

³²⁵ Ben chiarito nella già citata sentenza n. 23 del 1989

³²⁶ C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 605 ss

³²⁷ Cfr. Corte Cost., n. 30 del 1962. Nel prendere in considerazione un atto primario e il corrispondente regolamento di esecuzione, la Corte si avvale del regolamento ai fini dell'interpretazione della legge, ricavandosi che la norma era in realtà ricavata dal combinato delle due disposizioni. Per un commento alla sentenza cfr. A. PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente : le origini. Dottrina e giurisprudenza costituzionale (1956 – 1965)*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1989, vol. III

regolamento non sarebbe stato tuttavia oggetto di cognizione diretta, in quanto il giudizio sarebbe stato comunque incentrato sulla legge e sul modo in cui essa avrebbe trovato applicazione nel regolamento, secondo un assunto in base al quale non sarebbe consentito, in sede di controllo costituzionale di una legge, porre le disposizioni regolamentari che la specificano o la attuano al di fuori della legge cui le stesse accedono.

Il riferimento al diritto vigente sarebbe pertanto proprio motivato dalla ragione che vuole la Corte pronunciarsi in concreto sulla norma piuttosto che solo sul mero dato testuale, sì da coglierne la forza precettiva nella sua interezza. Ed in effetti tale orientamento dottrinale sembra essere stato accolto dalla giurisprudenza in almeno due circostanze nelle quali la Corte si è servita delle norme regolamentari per offrire una interpretazione conforme alla Carta della disposizione legislativa oggetto del giudizio, oppure per dichiarare illegittimo il significato da questa assunto³²⁸.

Diritto “vivente” che non ha invece trovato ingresso nel giudizio nel caso in cui le disposizioni regolamentari siano state ritenute sostanzialmente indipendenti in quanto la materia non risultava disciplinata da fonti avente rango legislativo³²⁹.

In relazione a un regolamento delegato tuttavia la prospettiva di indagine muta radicalmente.

Poiché il ricorso alla Corte in via incidentale avviene attraverso la prospettazione di vizi di legittimità costituzionale della legge, come esplicita nel regolamento, non appare possibile adottare lo schema espositivo qualora ci si imbatte nella circostanza - più frequente - di mancata delimitazione del potere regolamentare, in quanto viene

³²⁸ Corte costituzionale n. 1104 del 1988 e n. 456 del 1994

³²⁹ Il riferimento è alla ordinanza n. 389 del 2004, in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Nella stessa i giudici hanno ritenuto inammissibili i rilievi volti a introdurre all'interno del giudizio le disposizioni regolamentari, poichè non è stato considerato sussistente un rapporto di specificazione - integrazione tra norme primaria e norma secondaria.

meno proprio il parametro di riferimento costituito dalla fonte primaria. Si tratterebbe quindi di sanzionare l'illegittimità di una legge autorizzante la delegificazione, perchè non ha sufficientemente circoscritto il potere regolamentare, utilizzando ai fini dello scrutinio un regolamento che in questo caso si rivelerebbe di scarsa utilità, a meno di voler giungere a una declaratoria di incostituzionalità di una legge sol per il fatto che ad essa è seguito un regolamento che non doveva essere emanato stante l'insufficiente definizione delle norme generali della materia.

Ecco perchè in tali circostanze si renderebbe necessario il ricorso al principio di legalità sostanziale.

Ipotesi che tuttavia non sarebbero da confondere con i casi nei quali ad esempio l'incostituzionalità sia già propria della legge e il regolamento si limiti a riprodurla senza bisogno di integrazioni interpretative al fine di giungere all'illegittimità costituzionale della prima³³⁰. In tali fattispecie infatti l'ingresso del regolamento è stato negato e per argomentare diversamente si dovrebbe richiedere la costituzionalizzazione delle norme in materia di normazione secondaria che attualmente mancano oppure, ancora una volta, una declaratoria di incostituzionalità per violazione del principio di legalità sostanziale..

Resta quindi da verificare se sussistono altre tecniche che consentano di portare all'attenzione di questo Giudice un sindacato in merito ai regolamenti delegati.

³³⁰ Cfr. Corte Costituzionale n. 432 del 2005 che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, legge regionale Lombardia n. 1 del 2002, in quanto discriminatoria nei riguardi dei cittadini stranieri, annulla la disposizione a seguito di rinvio del giudice del giudice amministrativo. Cfr. nota a commento M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, n. 2/2006.

3.2. Un seconda via all'ingresso del sindacato indiretto sul regolamento?

Nel caso in cui a seguito di legge autorizzante sia emanato un regolamento delegato e lo stesso disciplini materie divergenti da quelle contemplate nella legge di autorizzazione, ben può il giudice *a quo* sollevare una questione di legittimità costituzionale sulle norme primarie, sostituite da norme regolamentari, ove ricorrano i presupposti di rilevanza e non manifesta infondatezza, fermo restando che non si perviene comunque a un sindacato diretto sul regolamento, che viene dichiarato inefficace nella parte in cui contenga le norme ritenute viziate³³¹, nel senso di non riconoscere ad esso l'effetto abrogativo derivante dalla sua entrata in vigore.

A una conclusione non dissimile la giurisprudenza era già giunta nel caso in cui, sempre in via incidentale, fosse stata sollevata una questione di costituzionalità inerente la fonte primaria, perchè aveva posto principi incostituzionali o li aveva omessi in materie per cui secondo Costituzione andavano stabiliti.³³²

Quel che traspare da questo indirizzo giurisprudenziale è che il regolamento continua a restare però estraneo a un sindacato diretto di costituzionalità, in quanto la fonte secondaria viene in rilievo soltanto

³³¹ E' quanto avvenuto con la sentenza n. 251 del 2001, con la quale la Corte, previa valutazione del giudice remittente circa gli effetti della delegificazione, in presenza di un regolamento delegato che varcava i limiti fissati dalla legge negava a quest'ultimo la forza abrogativa nella parte in cui interveniva su aspetti della materia estranei a quelli per i quali era abilitato a intervenire. Da notare come tale pronuncia abbia condotto parte della dottrina a sostenere come i regolamenti delegati illegittimi siano da considerarsi nulli anzichè annullabili. Il binomio annullabilità – efficacia del regolamento sarebbe confutabile qualora la fonte secondaria travalichi l'ambito dell'effetto abrogativo o si ponga in contrasto con la Costituzione, poichè in tali casi il vizio sarebbe ben più grave di quelli che si determinano con una semplice legge ordinaria. Cfr. G.U. RESCIGNO, *I regolamenti illegittimi (alcuni o tutti) sono nulli?*, in *Giur. Cost.*, 2001, 2156. Impostazione che prende le mosse dalla tesi più risalente che voleva che anche alcuni regolamenti di esecuzione potessero essere ritenuti nulli qualora fossero stati in contrasto con la legge, in quanto espressione di "volontà contraddittorie o contrastanti con se stesse", cfr. C.ESPOSITO, *Diritto vivente*, cit.

³³² Cfr. Corte Cost. n. 427 del 2000

allor quando la Corte si limiti a verificare la correttezza della valutazione del giudice remittente³³³.

3.3. La legificazione

Vi sarebbe anche un'altra tecnica per ammettere un sindacato di costituzionalità su un atto – *in origine* - non primario ex art. 134 Cost., tutte le volte in cui l'atto legislativo operi un richiamo espresso alla fonte secondaria³³⁴.

Tale tecnica, in quanto richiede che il regolamento sia preesistente alla legge, affinché questa arrivi ad attribuire alla fonte subordinata la valenza di fonte primaria proprio attraverso un rinvio in essa contenuto, è ipotesi che evidentemente non si rende applicabile in presenza di regolamenti delegati.

In questa sede non si tratta pertanto di decifrare quale fattispecie di rinvio – formale o materiale - possa dar luogo a tale effetto³³⁵, nonostante sembra che la Corte si sia assestata su posizioni richiedenti un rinvio materiale³³⁶, qualificando altresì il rinvio come

³³³ D'altronde è di poco precedente alla sentenza n. 427 cit. l'ordinanza della Corte n. 100 del 2000 con la quale si ribadisce nuovamente come anche in presenza di regolamenti delegati l'interpretazione corretta dell'art. 134 Cost. sia quella formale.

³³⁴ Possibilità ammessa dalla Corte Cost. a partire dalla sentenza n. 86 del 1965, in tema di trasgressione di norme valutarie e relative e di incorporazione nel dettato legislativo di norme originariamente previste in decreti ministeriali. Da tale statuizione si può dedurre come la legificazione sia ammissibile anche nei confronti di fonti che non siano regolamenti.

³³⁵ Circa la distinzione tra le fattispecie di rinvio cfr., *ex multis*, L. CARLASSARE, P. VERONESI, *Regolamento (dir. Cost.)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento 2001, Milano, 982; A. PAPA, *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio*, in *Rass. parl.*, 1991, 281 ss. In particolare sulla definizione di rinvio cfr. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit. e A. PIZZORUSSO, *Fonti del Diritto*, ed. Zannichelli 1977.

³³⁶ Cfr. Corte Costituzionale, n. 311 del 1993. A partire da tale pronuncia la Corte ha precisato il tipo di rinvio richiesto dalla legge ad altra fonte perchè possa questo essere riconducibile al fenomeno della legificazione. Un rinvio necessariamente di tipo materiale, ovvero operato attraverso un richiamo indirizzato a "norme determinate ed esattamente individuate" a mezzo del quale sia desumibile l'intenzione legificante del legislatore affinché venga superata la presunzione relativa formale, rivolta alla disposizione e non alla fonte, insuscettibile pertanto avere efficacia novatrice. Impostazione questa confermata dalla di poco successiva pronuncia n. 484 del 1993.

formale anche nei casi in cui la stessa legge individui espressamente il regolamento.

Vera scriminante ai fini dell'operatività del rinvio e quindi della legificazione stessa è però l'intenzione del legislatore³³⁷.

Affinchè il rinvio non abbia una mera funzione ricognitiva, ma piuttosto di incorporazione occorre che questo sia rivolto a uno specifico atto.³³⁸ nel senso di produrre una "legificazione del regolamento", che avrebbe come conseguenza di impedire alla Pubblica Amministrazione di procedere a una modifica dell'atto fonte, in conseguenza della abrogazione della stessa norma attribuyente il potere regolamentare.

Anche se però si accogliesse l'assunto per cui attraverso il rinvio l'atto secondario assume valore di atto normativo primario, esulando ai fini della discussione l'indagine circa gli effetti che tale incorporazione produrrebbe³³⁹, non si potrebbe giungere a considerare questa tecnica come una forma di sindacato indiretto dei regolamenti, perchè il giudizio di legittimità costituzionale si svolgerebbe comunque solo su norme legislative, seppur "incorporate".

L'argomento è pertanto foriero di numerosi spunti che meriterebbero di essere approfonditi e che condurrebbero probabilmente a dubitare della effettiva tutela offerta da tale tecnica.

Tra i vari interrogativi da esaminare uno riguarderebbe il difetto di giurisdizione che sarebbe chiamato a pronunciare il giudice amministrativo qualora un regolamento fosse dichiarato legificato con effetti *ex tunc*. E di conseguenza l'impossibilità di far valere tutti i vizi formali e sostanziali non eccepibili in un giudizio avente ad oggetto la

³³⁷ Esame di tale intenzione che costituirebbe il vero punto critico per distinguere il tipo di rinvio. In questo senso cfr. Corte Costituzionale n. 236 del 1986 e n. 18 del 1995

³³⁸ cfr. Corte Cost. n. 282 del 1990

³³⁹ Circa gli effetti novativi *ex tunc* della trasformazione in legge della fonte secondaria cfr. M. CARTABIA, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme regolamentari... aventi (ormai) forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1994.

legittimità costituzionale delle norme.

Queste brevi considerazioni sopra esposte sono in realtà propedeutiche quindi ad una differente conclusione. La mutevolezza di alcune tecniche di sindacato regolamentare, l'assenza di una esaustiva definizione nella giurisprudenza costituzionale del principio di legalità sostanziale, oltre ad evidenziare come la fonte regolamentare rappresenti profili problematici anche sotto l'aspetto della tutela giurisdizionale, inducono a concludere che piuttosto di tentare di ricercare un paradigma al fine di sottoporre al giudizio del Giudice delle Leggi anche le fonti secondarie, sia più opportuno domandarsi se, tra gli strumenti attualmente a disposizione del giudice amministrativo non ve ne siano alcuni capaci di accrescere la tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nello scrutinio di legittimità di norme secondarie.

4. Il sindacato regolamentare del giudice amministrativo.

Si è già avuto modo di rilevare come, per parte della dottrina, il giudice amministrativo più a proprio agio nel valutare la legittimità di un atto quanto a verificare il rispetto di norme costituzionali o comunque l'ordine all'interno del sistema delle fonti del diritto.³⁴⁰

Rilievi originati dalla circostanza che ai sostanziali traguardi conseguiti dalla giurisdizione amministrativa, attraverso un giudicato sempre meno incline a mantenersi entro gli spazi angusti dei provvedimenti, non sembra essere seguita una altrettanta presa di consapevolezza, quanto a effettività della tutela e intensità del sindacato, nel giudizio sui regolamenti.

³⁴⁰ G. DI COSIMO, *Delegificazione e tutela giurisdizionale*, cit.; L. CARLASSARE, *Regolamento*, cit; V. COCOZZA, *La delegificazione*, cit. ; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, ed. Il Mulino, 2003

Se pertanto da un lato , accanto all'atto amministrativo ha preso forma la centralità dell'attività amministrativa con un conseguente spostamento della cognizione, nonché l'arricchimento delle attività istruttorie e di nuove forme di tutela, dall'altro il sindacato sui regolamenti non ha sempre registrato un andamento adeguato al mutato ordine di esigenze e interessi, restando quest'ultimo a lungo ancorato a un'analisi prettamente imperniata sul controllo di legittimità della norma in chiave statica, volta alla verifica del rispetto di una legalità prettamente formale³⁴¹. Il controllo del regolamento pertanto – anche in assenza di atto esecutivo - si era sempre al più risolto in una chiave di conformità con la fonte primaria, alla ricerca della disposizione legislativa che ne giustificasse il fondamento, e non piuttosto nella verifica dei limiti che l'ordinamento stesso ponesse alla fonte secondaria. Il sindacato, che troppo spesso assumeva un mero riscontro formale, si distingueva non solo pertanto da quello della Corte Costituzionale sulla legge e sugli atti ad essa equiparati e caratterizzato dallo scrutinio di ragionevolezza³⁴², ma anche dal sindacato dello stesso giudice amministrativo sui provvedimenti³⁴³. Da

³⁴¹ Questione che risente di due differenti aspetti. In primis, la natura stessa dei regolamenti che appartengono al novero delle fonti secondarie dell'ordinamento. Atti però che sono formalmente amministrativi in quanto emanati da organi della p.a., ma sostanzialmente normativi perchè in grado di innovare l'ordinamento giuridico. Proprio prendendo le mosse da questa definizione, la dottrina tradizionale, valorizzandone il profilo soggettivo, ne ha sempre sostenuto l'assoggettabilità al regime impugnatorio entro i termini di decadenza. L'orientamento consolidato della giurisprudenza ha invece portato a distinguere tra i regolamenti suscettibili di applicazione diretta perchè immediatamente lesivi della sfera giuridica del destinatario, impugnabili pertanto a mezzo di specifico gravame, e i regolamenti insuscettibili di violare interessi individuali che hanno invece la funzione di volizione preliminare rispetto all'atto esecutivo conseguente, i quali richiedono invece una impugnazione congiunta. Tale parziale equiparazione tra regolamenti e atti provvedimentali, ha comportato che fino al 1992 il principio di inoppugnabilità degli atti riguardasse anche gli atti normativi, con conseguente impossibilità di procedere alla disapplicazione di questi, anche in virtù del tenore letterale dell'art. 5 L.A.C., che non esplicita una competenza del G.A. nel procedere alla stessa..

³⁴² In merito alla ragionevolezza e ai differenti significati che essa può assumere cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001

³⁴³ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il T.A.R. del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Atti del convegno, in La competenza del TAR del Lazio estesa all'intero territorio nazionale : esperienze, bilancio, prospettive*, Roma, 2000

ciò la conseguenza portata all'estremo di una giurisdizione che - almeno in tema di regolamenti - non si estendeva alla tutela delle situazioni di libertà garantite nei confronti dell'attività amministrativa, neppure qualora si trattasse di diritti fondamentali³⁴⁴, in virtù probabilmente del fatto che le carenze del processo amministrativo in ordine alle fonti secondarie erano inversamente proporzionali alla maggiore ampiezza che si andava attribuendo al potere regolamentare. Tesi che tuttavia, come ben noto, è stata di recente messa in discussione dalla giurisprudenza Costituzionale prima e dalla Corte di Cassazione poi³⁴⁵.

Proprio il crescente ricorso al potere regolamentare e, soprattutto nel caso della delegificazione, l'affievolirsi dei parametri legislativi di riferimento³⁴⁶, affiancati alla presunta inidoneità del giudice comune ad operare secondo parametri ad esso estranei, sono all'origine di ulteriori perplessità della dottrina nei confronti del sindacato del giudice amministrativo in ordine ai regolamenti.

E' stato pertanto proposto che in caso di vizio della fonte primaria per insufficiente delimitazione del potere regolamentare anche questo subisse una sorta di annullamento indiretto secondo un effetto cd. a cascata³⁴⁷, in analogia a quanto normalmente avviene nel caso in cui l'illegittimità costituzionale sia riferibile alla legge di abilitazione,

³⁴⁴ A.CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991

³⁴⁵ L'affermazione in base alla quale alcune posizioni soggettive (es. il diritto alla salute e all'ambiente salubre) risultino assolutamente incompressibili e per tale motivo rimesse alla cognizione esclusiva del giudice ordinario è stata espressamente contraddetta dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 140 del 2007, che ha condiviso l'impostazione originaria solo nel caso in cui vadano considerati meri comportamenti materiali della P.A., senza che pertanto vi sia un esercizio di poteri provvedimentali. Similmente, la Corte di Cassazione con le pronunce a sezioni unite n. 27187 del 2007 e n. 2656 del 2008 ha ritenuto sussistere la giurisdizione esclusiva del G.A. qualora si deduca la lesione di diritti che, seppur fondamentali (diritto a scegliere l'educazione dei figli e diritto alla salute) siano espressione di poteri autoritativi.

³⁴⁶ Cfr. la trattazione affrontata *retro*, Cap. II.

³⁴⁷ G. DI COSIMO, *Mortati può attendere? (a proposito del controllo di costituzionalità del regolamento di delegificazione)*, in *Giur. Cost.*, 2000, 4404 ss.

discendendone che l'eventuale sentenza di accoglimento della Corte determinasse anche la caducazione del regolamento.

Per altri ancora il giudice *a quo* avrebbe dovuto impugnare la legge autorizzante per contrasto con lo stesso art. 76 Cost., in base alla considerazione che una delegificazione priva dei suoi requisiti essenziali e stringenti la assimilasse di fatto a una sorta di delega mascherata.³⁴⁸

Prospettiva questa che non poteva essere accolta dalla Corte Costituzionale, per l'evidente ragione che gli artt. 76 – 77 cost. possono essere utilmente invocati soltanto con riferimento alla delega legislativa.³⁴⁹

Ma se la crisi del principio di legalità, o la sua non completa definizione a livello giurisprudenziale, comporta che gli indirizzi inseriti in una legge di delegificazione rimangano generici quando non addirittura inconsistenti, ne consegue che il punto di riferimento esaustivo che circoscrive l'esercizio del potere regolamentare non possa che essere trovato a un livello distinto, che siano altre leggi, principi generali, valori o norme costituzionali, e finanche in norme comunitarie, segnando così il passaggio da un sistema imperniato sulla ricerca del fondamento del potere ad un altro che si basi sulla individuazione dei limiti del medesimo³⁵⁰. Si rende perciò indispensabile che anche il sindacato del giudice amministrativo sia più flessibile e pregnante nell'individuazione e delimitazione del potere normativo.

Perchè si possa quindi affrontare compiutamente la questione e registrare eventuali mutamenti di tendenza occorre preliminarmente accennare a tematiche che ineriscono problematiche attinenti la giurisdizione del G.A. generalmente intesa, sottolineando come si

³⁴⁸ Cfr. P. BIANCHI – E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2009

³⁴⁹ Cfr. Ordinanze n. 268 del 2005 e n. 159 del 2004

³⁵⁰ Cfr. F.CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, p. 51 ss., Giappichelli, Torino, 2007

tratti comunque di ulteriori questioni che hanno indotto la dottrina a ricercare forme per potenziare una qualche forma di sindacato della Corte sui regolamenti piuttosto che verificare se fosse il G.A. a poter garantire l'effettività di una tutela giurisdizionale in merito agli stessi. Una causa di scetticismo attiene al parere preventivo reso dal Consiglio di Stato sugli schemi di regolamento governativi.

Premesso che a parere del supremo consesso tale attività non sarebbe possibile nel caso in cui vi sia un contenzioso in atto, per l'ovvio interferimento con l'attività giurisdizionale³⁵¹, nel caso del parere reso in sede di formazione del regolamento delegato tale parere è qualificato come obbligatorio.

Ciò comporta che il giudice chiamato a esprimersi circa la legittimità del regolamento possa evidenziare vizi che non erano stati rilevati dal Consiglio di Stato, e che a sua volta sia poi quest'ultimo ad essere chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dello stesso. Inoltre la composizione delle singole sezioni del Supremo Consesso Amministrativo viene determinata annualmente³⁵² per cui ben si intuisce come tale ipotesi potrebbe astrattamente verificarsi nel caso in cui la scrutinio di legittimità dell'atto fonte avvenga a distanza temporale non ravvicinata rispetto all'espressione del parere reso precedentemente.

Connesso a tale aspetto l'appunto circa una non sufficiente imparzialità del giudice di Palazzo Spada per via delle prerogative di nomina concesse al Governo in ragione del totale di un quarto dei

³⁵¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 2395 del 2008. Da sottolineare tuttavia come tale parere fosse stato reso prima dell'abrogazione dell'art. 43, comma 2, r.d. n. 1054 del 1924, il quale prevedeva l'impossibilità di prendere parte al giudizio per un consigliere che avesse già reso il proprio parere in sede consultiva. Resterà da verificare l'operatività dell'art. 51 c.p.c., n. 4, come richiamato dall'art. 17 c.p.a.,

³⁵² Il d.l. n. 112 del 2008, convertito nella l. 133 del 2008, all'art 54 prevede che spetta al presidente del Consiglio di Stato, con proprio provvedimento, ogni anno, sentito il Consiglio di Presidenza, individuare le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali o consultive, determinandone le materie di competenza e la composizione.

membri del Consiglio di Stato³⁵³.

L'aver ben presente che il regolamento delegato è regolamento governativo, aiuta a comprendere l'origine di tale timore.

Ulteriore perplessità deriverebbe dalla scarsa pubblicità offerta dalle pronunce di annullamento del giudice amministrativo, che di fatto renderebbe l'efficacia *erga omnes* della caducazione soltanto formale.

E' stato allora proposto³⁵⁴ di introdurre una norma analoga³⁵⁵ a quella prevista per il ricorso straordinario al Capo dello Stato, che stabilisce una equiparazione tra la forma di pubblicazione dell'atto a contenuto normativo e la pronuncia che statuisce l'annullamento dell'atto. Si tratterebbe di tenere conto di quella giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha ordinato la pubblicazione dell'annullamento di un regolamento³⁵⁶. Non pare di ausilio la previsione, poiché ristretta a specifiche ipotesi, del nuovo art. 90 c.p.a. che concede la pubblicazione della sentenza in caso di riparazione del danno derivante dall'instaurazione di una lite rivelatasi temeraria.

4.1 Le difficoltà connesse alla natura stessa dell'atto fonte

La situazione è però complicata anche dagli stessi caratteri intrinseci del regolamento.

Il carattere ibrido di questo, la sua natura soggettivamente provvedimentale, ma oggettivamente normativa, comportava e tutt'ora comporta che il contenuto da esso ipoteticamente assunto, variabile da un livello prettamente tecnico fino ad uno più marcatamente politico, porti il giudice a misurarsi non solo con un controllo del potere

³⁵³ ex. Art. 19, L. 186 del 1982

³⁵⁴ F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit.

³⁵⁵ Art. 14, comma 2, D.P.R. n. 1199 del 1971

³⁵⁶ Cons. St., n.585 del 1993 e Cons. St., n. 954 del 1993

regolamentare, ma anche con la cd. discrezionalità amministrativa, per via del fatto che, all'interno del nostro sistema, la configurazione del regolamento come atto amministrativo è prevalsa su quella di atto normativo, con la logica conseguenza della previsione di un sistema processuale comune per gli uni e per gli altri. Questa impostazione è rimasta maggioritaria soprattutto in giurisprudenza almeno fino all'inizio degli anni '90³⁵⁷, nonostante già in tempi risalenti fossero numerosi i contributi dottrinali tendenti a qualificare il regolamento come atto normativo³⁵⁸, in aderenza a un'interpretazione che avrebbe permesso di giungere a poter disapplicare e quindi sindacare una norma regolamentare *contra legem* qualora fossero spirati i termini decadenziali concessi per impugnare l'atto³⁵⁹.

4.2. Un importante punto di svolta: la disapplicazione del regolamento.

L'impossibilità di procedere a una disapplicazione dei regolamenti è rimasta a lungo una costante degli orientamenti giurisprudenziali non solo per aspetti di natura interpretativa, ma in virtù dello stesso

³⁵⁷ Aderendo infatti alla volontà di un modello processuale uniforme ancorato saldamente al principio decadenziale secondo anche un modello di sindacato di tipo strettamente demolitorio, per decenni la giurisprudenza amministrativa, a seguito della sentenza del Consiglio di Stato, sez V, n. 93 del 1941, ha di fatto negato la verifica della legalità del regolamento in quanto atto normativo. E ciò è avvenuto negando che l'istituto della disapplicazione potesse trovare applicazione anche nei confronti del regolamento stesso, probabilmente proprio nel timore che tale istituto potesse risultare strumentale a una modifica dei caratteri impugnatori del processo stesso. La carenza di attenzione al regolamento come fonte in ragione della sua qualità normativa ha pertanto condotto a una sostanziale equiparazione di questo con l'atto amministrativo sia in ragione del contenuto del sindacato del g.a. che del tipo stesso di sindacato esercitato.

³⁵⁸ A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970 ; A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1955, 870 ; G. AMATO, *Rapporti fra norma primarie e secondarie*, cit.

³⁵⁹ E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione dei regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. Cost.*, 1959, 518

letterale dell'art. 5 L.A.C.³⁶⁰ e la conseguente assenza di un dato di carattere positivo che prevedesse una disapplicazione, contemplata invece per la sola giurisdizione ordinaria.

Ciò ha fatto sì che la sindacabilità ad opera del g.a. di un regolamento che non fosse idoneo a ledere direttamente le posizioni degli interessati, si potesse svolgere esclusivamente attraverso la doppia impugnativa e del regolamento e dell'atto esecutivo³⁶¹, secondo lo schema tipico del processo demolitorio, finalizzato all'annullamento dell'atto.

A partire dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 154 del 1992, si viene invece a delineare un nuovo quadro in merito alla sindacabilità dei regolamenti.

La pronuncia in esame dei giudici amministrativi, che probabilmente è stata indotta anche dalla consapevolezza della crescente diffusione dei poteri regolamentari, prendeva spunto da un caso in cui il ricorrente sollevava l'illegittimità di un provvedimento per via del contrasto con un regolamento ritenuto per contro legittimo. All'esame del giudice tuttavia anche il regolamento risultava in contrasto con la legge, con il risultato che il provvedimento – un atto negativo di controllo – era sì non aderente alle disposizioni della fonte secondaria, ma conforme alla fonte primaria.

Regolamento che però non era stato impugnato con ricorso incidentale, così da precluderne il suo annullamento.

L'alternativa che si presentava consentiva pertanto di annullare il provvedimento applicando il regolamento illegittimo, oppure disapplicare il regolamento, riconoscendo la legittimità del provvedimento con conseguente rigetto del ricorso.

³⁶⁰ L'art. 5 della legge abolitrice il contenzioso amministrativo n. 2248 del 1865 all. E attiene infatti la disapplicazione in via incidentale dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario.

³⁶¹ Cfr. es. Cons. St., sez. V, n. 340 del 1952

Proprio la seconda soluzione trovò accoglimento presso il Supremo Consesso, poiché se non vi fosse stata disapplicazione si sarebbe prodotta una situazione per via della quale, anche in presenza di due norme di rango diverso tra esse contrastanti non era possibile affermare la preminenza della fonte superiore rispetto a quella inferiore.

Nella decisione, anche se non è possibile ricavarlo esplicitamente, è possibile individuare un riferimento, non solo al principio di gerarchia e preferenza per la legge, ma anche al principio di legalità quale fondamento costituzionale del potere regolamentare³⁶².

La portata innovativa di tale sentenza sembrava in realtà messa in discussione dall'ambito nel quale il g.a. poteva ricorrere alla disapplicazione, ovvero la sola giurisdizione esclusiva, restando pertanto preclusa la possibilità di ricorrere alla disapplicazione per gli atti amministrativi autoritativi connessi a situazioni di interesse legittimo, in ciò quasi sancendo una sorta di regressione rispetto alla giurisprudenza precedente la nota pronuncia del Consiglio di Stato n. 93 del 1941, e ciò non tanto per il contenuto della sentenze degli anni '30, ma quanto per gli elementi che avevano portato la giurisprudenza ad adottare quelle diverse posizioni.³⁶³

³⁶² Soprattutto laddove si legge : *Nel conflitto tra due norme di rango diverso il Collegio non può non dare preminenza a quella legislativa, di livello superiore rispetto alla disposizione regolamentare. Questo in applicazione degli artt.1, 3 e 4 delle disposizioni preliminari del codice civile e in ossequio ai principi generali sulla gerarchia delle fonti per i quali non è consentito ad un regolamento di esecuzione dettare disposizioni in contrasto con quelle, di carattere superiore e prevalente, contenute per la stessa materia in un provvedimento legislativo, a meno che in questo non vi sia una espressa previsione di deroga. Inerisce al rapporto di sovraordinazione di una fonte ad un'altra l'idoneità dell'atto maggiore a determinare l'abrogazione delle norme di minor forza(oltre che di quelle di pari rango) che racchiudano precetti incompatibili.*

³⁶³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 68 del 1936, con commento di R. DIPACE, *La disapplicazione dei regolamenti da parte dei giudici amministrativi*, in G. PASQUINI - A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, si addivenne a una apertura nei confronti della disapplicazione del regolamento, senza che venissero in discussione il principio decadenziale o il carattere impugnatorio del processo. In tale pronuncia, nella quale si giunse alla disapplicazione di un regolamento comunale fu innanzitutto precisato che la fonte

Se infatti nelle pronunce più risalenti nel tempo era visibile l'approccio intriso di cultura liberale che aveva ispirato la dottrina ottocentesca, alla ricerca di una garanzia effettiva dei diritti, dei quali a poter disporre fosse soltanto la legge³⁶⁴, nella pronuncia in esame che ha fatto da spartiacque tra il precedente e il nuovo quadro della disapplicazione normativa, si ha più la percezione che l'esigenza che abbia condotto ad adottare una nuova posizione non sia stata soltanto originata dalla consapevolezza di procedere a un rovesciamento dell'ordine delle fonti stesse del diritto qualora si fosse negato il ricorso alla disapplicazione, ma piuttosto dalla stessa forza dirompente di un caso concreto che non consentiva differenti soluzioni, se non quella – *abnorme* - di giungere ad un accoglimento di un ricorso, applicando un regolamento illegittimo seppur in contrasto con la fonte primaria.

A ciò si aggiunga il dato che in realtà nella sentenza non compariva alcun ripensamento circa il principio dell'inoppugnabilità dell'atto e del principio decadenziale.

Ecco perchè a evitare la sanatoria di un atto regolamentare invalido seppur non tempestivamente impugnato è proprio il principio di legalità, che però non può prescindere da un contemperamento con il principio di certezza del diritto, posto alla base dello stesso modello di processo impugnatorio.

Il riferimento al “contemperamento” e non invece alla prevalenza

secondaria deve essere specificamente legittimata a dettare disposizioni riguardanti diritti fondamentali – nel caso di specie il diritto di proprietà – e soprattutto che il controllo giurisdizionale non può che essere distinto da quello inerente gli atti amministrativi, proprio in virtù della prevalenza degli aspetti normativi su quelli provvedimentali. Da ciò ne discende che il parametro, e quindi il limite, entro il quale il regolamento può trovare esplicitazione deve essere rintracciato nella fonte primaria e nei principi generali dell'ordinamento. Se pertanto la legge cessa di essere mera clausola autorizzatrice della fonte subordinata, ne discende in primis una vaglia non meramente formale della legalità, che diventa anzi lo specchio entro il quale valutare la legittimità dell'operato dell'organo che ha emanato il regolamento stesso. Tale filone trova poi seguito anche nella pronuncia n. 820 del 1936

³⁶⁴G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, cit., p. 661 ss

dell'uno o dell'altro principio è dovuto al fatto che è stata la stessa Corte Costituzionale a stabilire come il principio della disapplicazione di atti illegittimi – per quanto sia riconducibile al principio di legalità e alla necessaria effettività della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost. - non trovi fondamento costituzionale, sì che il legislatore ordinario ben potrebbe stabilire diversamente.³⁶⁵

La subordinazione del ricorso alla disapplicazione alla presenza di una posizione di diritto soggettivo ha continuato a restare un punto saldo nella giurisprudenza immediatamente successiva³⁶⁶, nonostante parte della dottrina facesse notare come fosse illogico ricondurre l'applicabilità dell'istituto alla situazione giuridica dedotta in giudizio³⁶⁷.

Non tarda però ad affermarsi il potere di disapplicazione normativa esteso al di fuori della giurisdizione esclusiva³⁶⁸ anche oltre il riferimento al caso concreto e al tipo di regolamento in essere, per delineare piuttosto una regola di carattere generale inerente il principio di gerarchia delle fonti³⁶⁹.

Se dunque sono queste le linee evolutive accennate del sindacato regolamentare, riconoscere il capo al g.a. il potere non solo di annullamento, ma anche di disapplicazione porterebbe a concludere che la tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione ne risulterebbe notevolmente ampliata.

In realtà, tale possibilità non costituisce rimedio esaustivo proprio quando il giudice deve misurarsi con dei regolamenti cd. delegati

³⁶⁵ Cfr. Corte Cost. n. 275 del 2001, sentenza che ha interessato il riparto di giurisdizione nel pubblico impiego a seguito del D.Lgs. n. 165 del 2001.

³⁶⁶ Cfr. Cons. St., n. 799 del 1993, in *Foro Amm.*, 1993, 1545 e Cons. St., n. 531 del 1995, in *Foro Amm.*, 1995, 900

³⁶⁷ G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit.

³⁶⁸ Principio che si afferma dapprima innanzi al T.A.R. Lombardia, n. 375 del 1994, T.A.R. Lombardia n. 64 del 1995 e nelle seguenti pronunce del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1332 del 1995 in *Cons. St.*, 1995, I, 233, e Cons. St., n. 222 del 1996, in *Foro Amm.*, 1996, I, 488

³⁶⁹ Il riferimento è proprio alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1332 del 1995, cfr. FERRARI – AIROLDI, *La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo* in *Dir. proc. Amm.*, 1998, 10 ss.

come nel caso in esame.

Nessun dubbio che il regolamento n. 168 del 2010, ove ritenuto inficiato da vizi sostanziali suoi propri, avrebbe ben potuto anche essere disapplicato, avendo ad oggetto una materia riconducibile alla giurisdizione esclusiva³⁷⁰ ed essendo tale istituto oramai ammesso anche per i casi di giurisdizione generale di legittimità.

Senonchè, nella fattispecie trattata nella sentenza n. 154 del 1992, come ricordato siamo in presenza di un'impugnazione di un provvedimento che viola un regolamento a sua volta in riconosciuto contrasto con una disposizione di legge. Si determina pertanto una antinomia tra fonti che non può che risolversi nella elisione della fonte di rango subordinato, seppur determinante per l'effetto il rigetto del ricorso. Non rimane pertanto astrattamente precluso ad opera del g.a. un sindacato che conduca a una disapplicazione che diventi soluzione di un caso di antinomia tra fonti.

4.3 La difficoltà a ricorrere alla disapplicazione per risolvere un'antinomia tra fonti ricorrendo al confronto con la sola legge formalmente intesa.

Ben può accadere però che il giudice non abbia la possibilità di operare la risoluzione della antinomia – scegliendo quindi la fonte che regolamenti la fattispecie concreta – perchè è la legge stessa che detta norme non soltanto inidonee ad essere immediatamente applicabili, ma anche a far da parametro di confronto al fine di riscontrare una presunta illegittimità del regolamento che si assume illegittimo.

In tal caso dovrebbe pertanto essere fatto divieto di ricorrere alla disapplicazione del regolamento.

³⁷⁰ Il precedente art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 è infatti stato trasposto nel nuovo c.p.a., art. 133, lett. c) inerente le materie di giurisdizione esclusiva del g.a. Vi sono incluse tra queste proprio le controversie in materia di affidamento di un pubblico servizio.

Si renderebbe allora necessario da un punto di vista formale il solo ricorso all'annullamento della fonte secondaria. Ammettendo che ciò sia ancora possibile per il via dei termini decadenziali e restando indifferente che si tratti di un regolamento direttamente o indirettamente lesivo di posizioni soggettive - e che quindi non richieda o richieda anche una impugnazione dell'atto volizione preliminare - resterebbe un problema insoluto.

Perchè si giunga a ritenere un regolamento illegittimo è necessario infatti che vi sia una legge che funga da parametro di legittimità dello stesso che consenta di ritenere quello specifico regolamento invalido per la riconducibilità ad esso del vizio della violazione di legge. Tale parametro però non può sussistere nei casi in cui, come spesso avviene nei regolamenti delegati, sia la stessa legge a omettere di fornire a non assumere contorni tali da fungere da parametro, determinandosi il fenomeno della cd. dissolvenza della legge.

È proprio in tali situazioni che ci si deve interrogare circa la propensione del giudice amministrativo ad operare questo particolare tipo di sindacato. Ovvero in tutti i casi in cui il giudice debba sollevare una questione di legittimità costituzionale inerente la legge di delegificazione innanzi alla Corte Costituzionale per mancata delimitazione del potere regolamentare, o comunque si debba misurare con uno scrutinio che coinvolga qualcosa di più della aderenza della fonte secondaria alla legge formalmente intesa.

4.5. Il noto cambio di prospettiva nel sindacato provvedimentale..

Proprio partendo da queste considerazioni si può provare a dare una risposta circa l'adeguatezza dell'attuale sistema di tutela misto offerto nel nostro ordinamento - annullamento o disapplicazione - a

proposito di una effettiva tutela garantita dal giudice amministrativo.

Tenendo sempre presente che queste specifiche manifestazioni di potere regolamentare interferiscono con lo stesso principio di legalità e molto spesso, come già accennato, influiscono sugli stessi rapporti Stato – Enti territoriali, è ancora attuale l'assunto in base al quale nel caso di un regolamento delegato, neppure l'istituto della disapplicazione sia in grado di fornire una soluzione in quanto strumento capace di risolvere le antinomie tra le fonti, qualora tuttavia manchi il parametro legislativo di riferimento? Per riassumere, ci si domanda se il giudice amministrativo, nell'operare il sindacato del regolamento ritenuto illegittimo, è capace di operare secondo parametri che non consistano nella sola fonte primaria – soprattutto quando si dissolve – ma anche alla luce della stessa Costituzione o dei principi generali dell'ordinamento.

Operazione che oggi apparirebbe necessitata proprio in virtù della crisi del principio di legalità, che complicando inevitabilmente il rapporto tra le fonti, finisce per far emergere il cd. principio di competenza e indebolire il ricorso a quel principio di gerarchia che è stato la base di un approdo armonioso all'istituto della disapplicazione,.

L'attenzione allora non può che spostarsi dalla verifica del fondamento del potere regolamentare all'accertamento della coerenza e inquadramento sistematico di questo all'interno dell'intero sistema delle fonti, segnando insomma il passaggio dal confronto tra la norma regolamentare e la singola legge a un confronto tra regolamento e l'intero sistema normativo di riferimento.

Strumenti che, almeno sulla carta sarebbero a disposizione dell'interprete, considerate le modifiche profonde che nell'ultimo decennio hanno riguardato il processo amministrativo e che hanno segnato il passaggio dall'indagine sull'atto a quella sull'attività e alla verifica della pretesa sostanziale.

Che il giudice amministrativo sia in grado di guardare ai principi dell'ordinamento oltre ad operare un mero riscontro dell'atto con la fonte primaria non pare sia affermazione suscettibile di essere messa in discussione. E' lo stesso sistema odierno del diritto amministrativo che consente di desumere una serie di regole da una serie di leggi ritenute di primaria importanza all'interno del quadro dei rapporti con la pubblica amministrazione. E non è un caso se autorevole dottrina ha infatti affermato in tempi non sospetti che il g.a. fosse prima giudice dei principi che giudice dei diritti³⁷¹.

Se come noto l'oggetto del processo amministrativo si è infatti spostato dall'atto al rapporto controverso dedotto in giudizio³⁷², a seguito della presa di coscienza di una insufficiente tutela offerta da un accertamento di legittimità sul provvedimento formale, ne consegue che anche il sindacato incentrato sulla verifica dei vizi di legittimità è mutato nel corso del tempo, poiché oramai inidoneo a cogliere l'effettiva relazione tra amministrazione e cittadino e gli interessi dei singoli protetti dall'ordinamento.

Se il giudizio amministrativo sui provvedimenti ha permesso di adeguarsi ai caratteri dell'amministrazione di risultato, tramite una completa valorizzazione del fatto e della pretesa sostanziale dedotta dal ricorrente³⁷³, ciò è stato reso possibile *in primis* dalla accennata crisi del principio di legalità che impedisce di assegnare alla pubblica amministrazione un preciso interesse pubblico da attuare senza operare un sindacato che guardi a tutta l'attività amministrativa legata da un vincolo di natura teleologica.

Ma se allora la verifica della legittimità non può più esaurirsi

³⁷¹ F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1974

³⁷² Opinione pressochè pacifica e unanimemente accolta in dottrina, poichè originata dalle riforme che negli ultimi recenti lustri hanno interessato il processo amministrativo. *Ex multis* cfr. M. CLARICH, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in Riv. Dir. Proc., n. 4/2002, p. 1058 ss.

³⁷³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1988, p. 293 ss.

attraverso il confronto tra l'atto amministrativo e la legge significa che il fine da perseguire, l'interesse pubblico, non può più concretizzarsi nell'atto formale, ma resta dissolto nella intera attività amministrativa. Con ciò si spiega perchè un controllo giudiziale che resti infatti ancorato al provvedimento inteso in senso statico, non sia in grado di coglierne tutti gli interessi ad esso sottesi.

Ed è questa la ragione per cui si è giunti ad una rivisitazione delle figure classiche dell'eccesso di potere – e dello sviamento in primis – sempre più accompagnate dal parametro di ragionevolezza e proporzionalità³⁷⁴.

Laddove infatti la norma di legge non sia più in grado di fissare in maniera precisa il punto di equilibrio, la flessibilità del principio di ragionevolezza permette al giudice di poter bilanciare l'indeterminatezza di questa, anche grazie all'adozione e all'utilizzo di principi ben quali quelli contenuti nella l. 241 del 1990, e successive modificazioni, sul procedimento amministrativo.

4.6. E quella meno scontato e più recente sul sindacato regolamentare..

Non si vuole in questa sede ripercorrere tutte le vicende che hanno portato alla situazione attuale³⁷⁵, ma domandarsi se all'espansione del sindacato di ragionevolezza³⁷⁶ in merito alla discrezionalità

³⁷⁴ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2001, 1250 ss, di L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA (a cura di)

³⁷⁵ Con riferimento al principio di ragionevolezza e ai suoi corollari cfr. su tutti A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. Si veda inoltre P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p.899 ss.

³⁷⁶ Sindacato di ragionevolezza che assume sfumature diverse rispetto a quello operato dalla Corte Costituzionale. Cfr sul tema F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 272 ss. L'autore precisa come, a prescindere che il giudice delle Leggi eserciti il sindacato di ragionevolezza seguendo il noto schema ternario ex. Art. 3 Cost., lo scrutinio del

amministrativa si è accompagnata una parallela evoluzione nel sindacato sugli atti normativi, quali appunto i regolamenti, o se il giudice amministrativo è rimasto concentrato sull'atto (normativo) senza estendere la sua attenzione anche ad altri aspetti.

In linea teorica si sarebbe portati a ritenere che qualora venga in essere un sindacato su un regolamento, lo scrutinio del giudice amministrativo dovrebbe assomigliare a quello della Corte Costituzionale.

Non solo perchè, soprattutto con riferimento ai regolamenti delegati può venire in essere un profilo di non discriminazione rispetto a un terzo parametro di riferimento, ma anche perchè è lo stesso sindacato del Giudice delle Leggi che negli ultimi tempi ha portato ad elaborare criteri attuativi della ragionevolezza (congruenza, non contraddittorietà, proporzionalità, giustizia – ingiustizia manifesta) che forniscono criteri quanto meno disponibili alla verifica delle motivazioni e dei percorsi interpretativi seguiti dal giudice nell'operare il sindacato.

Elementi ulteriori che avvicinano tale sindacato a quello del giudice amministrativo che, seppur non più strettamente ancorato al dato positivo, predilige far riferimento a principi di più immediata percettibilità spesso contenuti in specifiche norme.

Per tali ragioni ci si potrebbe aspettare un'evoluzione del modello cognitorio del g.a. in merito al sindacato sui regolamenti anch'esso ispirato a una valutazione della congruità e della coerenza sistematica della norma secondaria.

Perchè questo avvenga sarebbe innanzitutto necessario che la cognizione del g.a. proceda a separare la veste formale dell'atto amministrativo da quella sostanziale di atto normativo. Operazione

giudice amministrativo è comunque agevolato da un livello più concreto del giudizio, secondo principi ben tangibili che divergono dalle norme costituzionali oggetto dell'interpretazione della Corte, le quali sono “*norme di principio che appartengono a una sfera troppo lontana dalla testualità*” (cit.)

che sarebbe notevolmente più difficoltosa qualora si giungesse a un'impugnazione congiunta dell'atto esecutivo e atto preliminare, per via del fatto che tale circostanza renderebbe ben più arduo separare la *ratio* del testo normativo dalla norma effettiva sottoposta al giudizio. Non a caso, autorevole dottrina³⁷⁷, ha segnalato che i casi in cui il giudice è giunto a definire direttive al titolare del potere regolamentare, affinché tale potere si armonizzasse con l'insieme dei limiti e dei principi vincolanti, abbiano riguardato casi di impugnazione *diretta* di regolamenti, soprattutto di delegificazione.

La consapevolezza della necessità di un differente sindacato in ordine ai regolamenti, seppur al momento riscontrabile in poche pronunce, è pertanto presente e tal fine è perseguibile attraverso l'adozione di una sensibilità pari a quella dimostrata nel tempo con il sindacato sull'atto, sì da permettere il passaggio dal confronto tra il regolamento e il tenore letterale della legge alla *ratio* della legge stessa, nonché ai principi generali dell'ordinamento e addirittura alle stesse norme costituzionali.

E a tale risultato si giunti in alcune occasioni attraverso la verifica riguardante il rispetto non solo del fondamento, ma soprattutto dei limiti imposti dalla legge autorizzante in merito al regolamento delegato³⁷⁸, oppure a mezzo dell'annullamento di una disposizione recante un regolamento generale di attuazione di una legge quadro per violazione dei limiti fissati dalla legge, in una circostanza nella quale, anche qualora fosse stata ammessa la prerogativa di una potestà regolamentare, questa avrebbe evidenziato deroghe da considerarsi irragionevoli³⁷⁹. Similmente viene disapplicata una disposizione regolamentare che, nel prevedere specifiche esclusioni ai raggruppamenti tra professionisti nelle gare di progettazione ha

³⁷⁷ F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit. p. 323 ss., anche per una analisi completa delle pronunce sul tema.

³⁷⁸ T.A.R. Lazio, n. 9461 del 2004 e n. 5413 del 2010

³⁷⁹ Cons. St., n. 7255 del 2002 e similmente n. 6335 del 2003

limitato l'applicazione dei principi che garantiscono la *par condicio* e la partecipazione a procedure selettive di evidenza pubblica, in contrasto con gli artt. 3, 41 e 97 Cost³⁸⁰.

In un caso ben noto, perchè confluito nella ordinanza della Corte Costituzionale n. 389 del 2004, il giudice amministrativo, seppur limitatosi a sollevare una verifica di legittimità costituzionale della sola fonte primaria, ha dimostrato di saper operare un sindacato anche alla luce di principi direttamente desumibili nella Costituzione, mediante proprio un confronto tra la norma regolamentare e il principio di laicità³⁸¹. Il procedimento argomentativo non è rimasto isolato e ha portato all'annullamento di disposizioni regolamentari che non prevedevano per i docenti di materie alternative all'insegnamento della religione cattolica di procedere al giudizio in ordine all'attribuzione dei punteggi scolastici³⁸² perchè in contrasto con principi desumibili dalla Carta o dalla stessa giurisprudenza costituzionale.³⁸³

5. Conclusioni

Sembrerebbe potersi affermare come, allo stato attuale, seppur con alcune incertezze accennate in precedenza e riguardanti la

³⁸⁰ T.A.R. Umbria, n. 242 del 2002

³⁸¹ T.A.R. Veneto, n. 56 del 2004. Sempre in tema di remissione alla Corte di questioni costituzionali su leggi attributive del potere regolamentare o comunque demandanti l'attuazione della normativa primaria si segnala anche T.A.R. Lazio, Roma, ord. n. 3202 del 2011, il quale ha sollevato una q.l.c. sulla base del fatto che un decreto legislativo, differentemente da quanto previsto dalla legge delega aveva autorizzato il Ministero della giustizia a intervenire tramite regolamento nella disciplina della mediazione civile.

³⁸² Il riferimento è all'art. 4, comma 2 e art. 6, comma 3 del D.P.R. n. 122 del 2009, previsto dalla L. n. 137 del 2008. Si segnala a fini di completezza che si trattava di una delegificazione ad opera di decreto legge.

³⁸³ T.A.R. Lazio, sez. III bis, n. 3433 del 2010, che segue la sentenza del medesimo tribunale, sez. III quater n. 7076 del 2009, avente questa volta ad oggetto l'illegittimità di ordinanze ministeriali.

giurisdizione del g.a. in nei suoi aspetti più generali, il giudice amministrativo sia dotato di una cognizione in grado di fronteggiare le perplessità avanzate dalla dottrina e capace di garantire il legittimo esercizio del potere regolamentare, sia quando si tratti di evidenziare il collegamento tra fonte primaria e secondaria capace di permettere l'ingresso del sindacato indiretto sul regolamento innanzi alla Corte, sia quando si tratti di sanzionare vizi sostanziali esclusivi della fonte secondaria.

Ne emerge un quadro in cui, all'interno della problematica inerente la delegificazione, forse la tutela giurisdizionale è l'aspetto che almeno di recente induce minori perplessità nell'osservatore rispetto ad altri fenomeni citati.

La delegificazione in sè non risulterebbe pertanto così inadatta a disciplinare la tutela della concorrenza dei servizi pubblici locali se si considerasse esclusivamente la tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo in merito al corretto esercizio della potestà regolamentare.

A tale conclusione si giunge anche per via dell'evoluzione delle tecniche di formazione del combinato disposto legge – regolamento che, seppur ancora da perfezionare, consentono una migliore qualità della normazione che rende più arduo discostarsi quantomeno dai parametri formali delineati dalla l. 400 del 1988.

Parallelamente si considerino gli interventi della Corte Costituzionale, che, seppur alcuni difficilmente condivisibili, sono volti a neutralizzare quelle censure inerenti una non corretta attribuzione del potere regolamentare alla luce dell'art. 117, comma 6, Cost., a tutela di una stabilità di sistema, seppur a prezzo di un eccessivo centralismo legislativo in ambiti nei quali non se ne avverte la necessità³⁸⁴.

Infine, se si tralascia l'originaria *ratio* semplificatrice della

³⁸⁴ Cfr. *retro* Cap. II, parr. 5,6,7

delegificazione e si guarda solo alle esigenze di partecipazione al procedimento di formazione legislativo in questione, non si può che commentare positivamente che quanto più saranno i soggetti coinvolti, tanto più sarà ampia la possibilità di operare un contemperamento tra interessi a volte contrapposti.

Resta da capire, e si cercherà di farlo nei prossimi capitoli, se e come una disciplina che presentava tratti peculiari quale quella abrogata, sia per il procedimento prescelto, sia per particolari aspetti sostanziali riproposti nella novella successivamente emanata, potesse essere in grado di sciogliere una volta per tutte il problematico nodo che da sempre lega pubblico e mercato, o se piuttosto si limitava a fornire spunti che solo ove adeguatamente sviluppati avrebbero condotto a reali innovazioni in un settore da troppo tempo sedimentato in schemi oramai desueti.

CAPITOLO QUARTO

L'inquadramento dei servizi pubblici locali alla luce delle recenti vicende, tra cambi di rotta e possibili evoluzioni future.

Premessa

L'attenzione dedicata nei precedenti capitoli alle continue evoluzioni dell'argomento permette di dedicare spazio alle discipline apprestate dal legislatore negli ultimi anni. Non verrà operata una esegesi del testo, limitandoci pertanto a rinviare ad altri esaurienti lavori ai fini di una compiuta analisi delle singole disposizioni.

L'indagine sarà infatti prevalentemente incentrata su aspetti che consentano di tirare le somme del quadro generale riguardante il servizio pubblico locale. Successivamente si tratterà di effettuare alcune riflessioni in ordine ad ipotesi inerenti i futuri sviluppi che probabilmente interesseranno l'ambito oggetto della presente trattazione.

1. La riforma del 2008: l'art. 23 - bis del decreto n. 112 e successive modificazioni.

La presente disciplina, già oggetto di indagine a proposito del ricorso alla cd. delegificazione, merita un richiamo alle sue principali caratteristiche, comunque rinviando a svolgimenti separati in ordine ai profili di regolazione e concorrenza da essa introdotti.

Come noto, l'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito nella legge n. 133 del medesimo anno, poi novellato dall'art. 15 della l. n.

166 del 2009, in conversione del precedente decreto n. 133, superato sostanzialmente indenne lo scrutinio della Corte Costituzionale, è stato oggetto di consultazione referendaria, con successiva abrogazione nel giugno del 2011³⁸⁵. La riforma sembrava porre fine a quei dubbi e quei dibattiti che, soprattutto in dottrina, accompagnavano le modalità di gestione dei servizi pubblici locali a partire dall'entrata in vigore di quell'art. 22 di cui l. 142 del 1990³⁸⁶ il quale prevedeva cinque tipizzate modalità di gestione, poi di fatto trasfuse nella versione originaria dell'art. 113 di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000.

La disciplina in esame, applicabile ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevedeva tre diverse modalità di affidamento della gestione dei servizi mediante a) gara ad evidenza pubblica³⁸⁷ b) attraverso la costituzione di società di capitali pubblico – privata il cui socio privato, detentore di una quota di capitale non inferiore al 40% fosse scelto attraverso gara c) mediante affidamento a società in house, a capitale interamente pubblico, nel rispetto delle condizioni previste dall'elaborazione comunitaria sulle indicate gestioni, purché tale formula organizzativa fosse motivata da situazioni eccezionali, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non avrebbero permesso un efficace e utile ricorso al mercato.

Al ricorrere di queste condizioni, l'ente affidante avrebbe dovuto dare adeguata pubblicità alla scelta, motivata a mezzo di analisi di mercato, trasmettendo contestualmente una relazione contenente gli esiti della verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale avrebbe reso parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Il legislatore

³⁸⁵ Cfr. *supra*, *Introduzione*

³⁸⁶ Cfr. *retro* Cap. I, par.2.1 ss.

³⁸⁷ Sul principio e sull'impossibilità di fare ricorso ad altre modalità, quali ad es. la trattativa privata è di recente nuovamente intervenuto il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 7024 del 2010.

non aveva disciplinato il caso in cui il parere fosse negativo, ma l'affidamento reso in difformità da questo, se adeguatamente motivato, sarebbe stato suscettibile comunque di impugnazione presso il giudice amministrativo qualora fossero stati rilevati profili di illegittimità del provvedimento.

La stessa fonte primaria³⁸⁸ rinviava poi a un regolamento che forniva le ulteriori opportune indicazioni in merito a determinati aspetti inerenti gli affidamenti non conformi e i conseguenti regimi transitori, inerenti sia le gestioni in house, che gli affidamenti diretti a società miste, nonché gli affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica con quotazione in borsa, prevedendo date di cessazione degli affidamenti, spesso connesse a veri e propri obblighi di riduzione della quota detenuta dal socio pubblico³⁸⁹.

³⁸⁸ Per l'inquadramento generale si rinvia all'esaustiva esposizione contenuta in R. VILLATA, (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit. Quanto allo specifico tema del regime transitorio degli affidamenti cfr. G. BASSI, *Servizi pubblici locali e riforma "Ronchi": percorsi di riposizionamento e strategie di transizione per le società in house providing*, in *Appalti e contratti*, n. 3 del 2010.

³⁸⁹ Tutta la disciplina del regime transitorio è sinteticamente riconducibile a tre punti essenziali

a) le gestioni *in house* in essere alla data del 22 agosto 2008 sarebbero cessate il 31 dicembre 2011 a meno che le amministrazioni non avessero almeno il 40% del capitale delle società di gestione a soggetti privati individuati con gara ad evidenza pubblica. In tal caso le gestioni sarebbero proseguite fino alla scadenza indicata nel contratto di servizio;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante una gara ad evidenza pubblica, ma non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (c.d. gare a "doppio oggetto"), sarebbero cessate automaticamente ed improrogabilmente il 31 dicembre 2011. Qualora invece, la gara avesse riguardato la partecipazione societaria e la gestione del servizio, la gestione sarebbe cessata alla scadenza naturale prevista dal contratto di servizio;

c) gli affidamenti diretti, decorrenti alla data del 1° ottobre 2003 per società a partecipazione pubblica quotate in borsa, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica, ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015.

d) le gestioni affidate fuori dei casi indicati, la cui cessazione era originariamente fissata al 31 dicembre 2010 sono state oggetto di una proroga al 31 marzo 2011, ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 255 del 2011, come convertito con l. n. 10 del 2011. Un decreto, previsto dal comma 2 della medesima disposizione avrebbe

Se si escludono le considerazioni operate in merito all'abrogazione di alcune norme e la determinazione del valore economico dei servizi da assoggettare a parere dell'Autorità garante della concorrenza nel caso delle gestioni in house³⁹⁰, nonché alla previsione di regimi particolari per l'affidamento dei servizi idrici integrati, e l'affermazione della proprietà pubblica delle risorse idriche di cui non vi è cenno nell'art. 23 bis, il D.P.R. in questione tuttavia si è limitato a chiarire soltanto alcuni aspetti residuali nei dodici articoli di cui era composto, incidendo limitatamente sulla disciplina tratteggiata dalla legge primaria, nonostante le rubriche degli articoli indicassero oggetti di intervento che avrebbero potuto far suggerire interventi più puntuali³⁹¹.

potuto disporre ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2011, in realtà mai intervenuta per via dell'abrogazione referendaria delle norme interessate disposta con la consultazione del Giugno 2011.

Gli affidamenti cessano, rispettivamente, alle date sopra indicate se non sono rispettate le menzionate condizioni, ossia per le società in cui il socio pubblico non ha ridotto la sua quota nemmeno del 40%, ovvero per le società in cui il socio pubblico non ha ridotto la sua quota almeno del 30%;

³⁹⁰ In merito alle quali cfr. *infra*, par. 5 ss.

³⁹¹ Cfr. per un inquadramento generale, G. GUZZO, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.p.r. n. 168/2010*, in *Appalti e contratti*, 2010, n. 11. Il regolamento delegato quindi, oltre ad assumere contenuto poco innovativo quanto all'oggetto, assume una forma alquanto lineare, che rende possibile la ricostruzione del contenuto attraverso la schematica composizione delle disposizioni ivi contenute, riconducibili essenzialmente, con esclusione di tematiche, quali patto di stabilità, parere AGCM, funzione di regolazione e gestione che in chiave comparativa sono trattate separatamente nel presente lavoro. Il Regolamento, quanto all'ambito di applicazione, oltre al già menzionato regime particolare per gli affidamenti dei servizi idrici integrati, alle materie già indicate dall'art. 23-bis, aggiungeva anche "le attività strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti" in chiaro riferimento all'art. 13 della l. n. 248/2006. Le misure, teoricamente, concrete di liberalizzazione stabilivano che entro un anno dall'entrata in vigore del Regolamento e periodicamente e, comunque, prima dell'affidamento del servizio e del suo rinnovo, si doveva procedere all'adozione di una delibera quadro, da rendere pubblica ed inviare all'Autorità antitrust, con la quale si sarebbero illustrano gli esiti di una istruttoria con la quale al fine di evidenziare la ragione che aveva indotto l'ente a sottrarre dati settori alla liberalizzazione, quindi un fallimento del sistema concorrenziale o, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale che sarebbero derivati dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Potevano poi essere definiti, nella fase più propriamente regolatoria, gli obblighi di servizio pubblico, anche prevedendo eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e

nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo. Previsione quest'ultima che, seppur meritevole, avrebbe necessitato di una funzione regolatoria effettiva, che nei servizi pubblici locali ad oggi manca, Cfr. *infra*, par. 3

Le procedure di gara avrebbero invece dovuto tener conto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, oppure, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

Il bando di gara (o la lettera di invito) doveva rispondere a una serie di requisiti minimi, quali escludere che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio potesse costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti, nonchè assicurare che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara fossero

proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisse la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma; indicare la durata dell'affidamento proporzionata agli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitoli di gara a carico del soggetto gestore, con specifico divieto di prevedere affidamenti di durata superiore al periodo di ammortamento dei citati investimenti. Seguivano poi altri criteri atti a disciplinare la valutazione delle offerte, che andava effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia; oltre i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni strumentali e le loro pertinenze necessari per lo svolgimento del servizio e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione vi era poi l'oramai ricorrente rinvio all'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

Era anche possibile prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possedessero singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione era idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenesse conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento.

Qualora le procedure avessero poi ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito doveva assicurare che prevalessero i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio rispetto a quelli riferiti al prezzo delle quote societarie e che il socio privato svolgesse gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso. Oltre, considerato lo scontato riferimento al rispetto del Codice dei contratti pubblici, era previsto, sempre per società in house o miste, l'obbligatoria adozione di procedure analoghe a quelle seguite dalle amministrazioni pubbliche in ottemperanza all'art. 35, D.lgs. n. 165 del 2001. Parimenti disciplinata la cessione dei beni in caso di subentro nella gestione del servizio. L'operazione, a titolo gratuito, includeva i beni strumentali e le pertinenti che non fossero duplicabili da parte del subentrante a costi socialmente sostenibili ai fini della prosecuzione del servizio. Infine, un'ultima norma introduceva una tutela non giurisdizionale che prevedeva l'adozione di procedure conciliative per la risoluzione delle controversie tra utenti ed il gestore del servizio. Anche in questo caso tuttavia si trattava di uno strumento che nasceva già carente di una reale efficacia. Fatte salve infatti le discipline settoriali, la misura introdotta si risolveva in un mero schema di formulario. Per un inquadramento approfondito delle cd. alternative dispute resolution cfr. F. CINTIOLI, *Le tecniche alternative di dispute resolution*, testo presentato in occasione del Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei

2. I servizi pubblici locali dopo il referendum: L'art. 4 d.l. 138/2011 come convertito in L. 148/2011 e successive modifiche.

Successivamente alla consultazione referendaria svoltasi nelle date del 12 e 13 giugno 2011, nell'ambito di un'ulteriore manovra finanziaria prevista per lo stesso anno, veniva emanato il decreto legge n. 138 del 2011, poi convertito in legge 148 del 2011, il quale articolo 4, rubricato "Disposizioni di adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali all'esito referendario e alla normativa comunitaria" introduceva novità definibili dirompenti con riguardo alle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, seppur con il limite di estendere gli effetti della riforma ad un numero di servizi a rete alquanto limitato, riconducibili al servizio idrico, rifiuti e al trasporto locale su gomma³⁹².

L'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis di cui al d.l. 112 del 2008, sancita con i decreti presidenziali n. 113 e n. 116 del 2011 aveva infatti determinato un vuoto normativo, nel quale il ricorso alla gara non costituiva più la modalità di affidamento ordinaria rispetto al modello in house, causando di fatto una ri-espansione dei profili funzionali degli enti locali in ordine alle modalità di erogazione degli stessi. Come infatti espressamente precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 24 del 2011, in assenza di una disciplina interna applicabile, trovano applicazione le regole concorrenziali minime stabilite in sede comunitaria.

La nuova normativa invece reintroduceva il principio dell'affidamento tramite gara, seguita quando possibile da una vera e

Professori di Diritto Amministrativo, avente come tema "*Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*", Monte Porzio Catone, 18 – 19 Settembre 2009

³⁹² L'art. 4, comma 34, escludeva dall'applicazione della disciplina il servizio idrico integrato, il servizio di distribuzione del gas naturale, il servizio di distribuzione dell'energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale, nonché la gestione delle farmacie comunali.

propria gestione concorrenziale, quale modalità ordinaria e prevalente rispetto a forme di affidamento - gestione alternative, e.g. in esclusiva o addirittura in autoproduzione.

A seguito dell'emanazione della novella citata non sono mancate le critiche, dovute essenzialmente a dubbi di legittimità costituzionale³⁹³, identificabili in supposte violazioni del divieto di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata ex artt. 5 e 75 Cost., nonché in relazione ai ciclici tentativi di riaffermare i principi di autodeterminazione ed autarchia degli enti locali discendenti dagli artt. 5, 114, 118 Cost., pur in presenza di una giurisprudenza costituzionale pressoché costante nel sostenere come le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali siano riconducibili a materie di esclusiva competenza statale di "tutela e promozione della concorrenza". Sotto questo secondo aspetto pertanto la disciplina dettata con fonte primaria nazionale risultava comunque compatibile con il quadro delineatosi a partire dalla sentenza della stessa Corte Costituzionale n. 272 del 2004.

Pur non essendo questa la sede per considerare tutta l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in merito ai vincoli derivanti al legislatore dagli esiti referendari.³⁹⁴, né tantomeno per un esame approfondito di una disciplina la cui sorte è segnata³⁹⁵, era tuttavia intuibile che lo stallo creatosi sarebbe sfociato in un contenzioso innanzi alla Corte Costituzionale. A seguito del referendum abrogativo, gli enti locali da una parte rivendicavano la riconquista di

³⁹³ Si veda ad esempio A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli articoli 4 e 5 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 2011.

³⁹⁴ Ci si limita a richiamare in questo paragrafo, S.P. PANUNZIO, *Chi è il "custode" del risultato abrogativo del referendum?*, in *Giur. cost.*, 1998. Per altre indicazioni dottrinarie Cfr. comunque *infra* par. 4 ss.

³⁹⁵ Per un inquadramento generale si rinvia comunque a A. VIGNERI – C. DE VINCENTI, *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Astrid online*, Aprile 2012

una libertà responsabile³⁹⁶ nello scegliere le forme organizzative ritenute più opportune, laddove invece l'AGCM, che nello specifico avrebbe avuto un ruolo importante nella valutazione delle scelte compiute proprio dagli enti minori in ordine alle modalità di affidamento, già in sede di attività di segnalazione auspicava che la modalità del ricorso alla gara fosse da ritenersi obbligatoria³⁹⁷.

La natura della trattazione consente di soffermarsi su alcuni particolari aspetti, rinviando al resto del presente lavoro per le questioni meritevoli di separati approfondimenti o comunque riguardanti specifiche peculiarità della disciplina introdotta analizzabili in un'ottica comparativa con le discipline previgenti,.

Scomparsa la sostanziale equiordinazione delle forme di gestione³⁹⁸, ulteriormente dimensionata la possibilità di ricorso all'in house già limitata dalla riforma di cui all'art. 23 bis, e preso atto degli orientamenti della Corte Costituzionale, nonché di un diritto comunitario che non vieta agli Stati membri di porre condizioni più restrittive rispetto ai canoni comunitari, viene emanata una disciplina la cui *ratio* è rinvenibile nel tentativo di dar luogo a una vera e propria liberalizzazione nel settore considerato.

Il tentativo, seppur meritevole, sconta però forse un'eccessiva disinvoltura nel predisporre una disciplina che non tenga conto dell'esito referendario e, seppur per differenti ragioni, non supera il vaglio del Giudice delle Leggi.

³⁹⁶ ANCI, Nota interpretativa del 14 giugno 2011, recante *Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*

³⁹⁷ Autorità garante della concorrenza e del mercato, Segnalazione del 26 agosto 2011 avente ad oggetto A.S. 864 – *Disegno di legge A.S. n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo"*, Bollettino n. 32 del 29 agosto 2011

³⁹⁸ Vigente nel previgente art. 113 del di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 14 del d.l. 269/2003

3. Primi tentativi di regolazione

Si è avuto fin qui modo di osservare come il processo di integrazione europeo abbia dapprima determinato il superamento del modello dirigista che vedeva al centro lo Stato imprenditore e, tramite le privatizzazioni e le liberalizzazioni abbia condotto all'affermazione del cd. Stato regolatore³⁹⁹, ove l'attenzione veniva spostata dal soggetto che detiene la titolarità di assumere un dato servizio a quello fornitore dello stesso.

La stessa nozione di servizio pubblico ha pertanto necessitato una rivisitazione, conclusasi sostanzialmente con l'abbandono di qualunque tentativo volto a ricavare una coincidenza tra l'interpretazione tradizionale e quella accolta in ambito europeo corrispondente alla nozione di servizio di interesse economico generale.

Nel nuovo contesto in cui viene meno la disciplina speciale fondata sulla cd. riserva di legge e la figura del privato non assume più i caratteri di residualità rispetto all'intervento dell'operatore pubblico, trovano libero esplicarsi le regole di mercato, esse stesse responsabili della selezione di quei bisogni che sottintendono l'individuazione dell'interesse generale che tramite il servizio erogato dovrebbe trovare soddisfazione. Poiché tuttavia al pubblico potere non può chiedersi di mostrare totale disinteresse nei confronti del servizio pubblico, il passaggio dai monopoli agli assetti concorrenziali, la garanzia della fruizione dei servizi essenziali per i cittadini, la previsione di obblighi di servizio pubblico e universale, assieme alla possibilità di accesso ai nuovi operatori, andavano corredate da una serie di disposizioni che

³⁹⁹ Per una ricostruzione del percorso cfr. A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, ed. Giappichelli, 2009. L'A. si sofferma anche sulla rinnovata discesa in campo dell'Autorità pubblica a seguito della crisi finanziaria del 2008.; per un'analisi coeva alle vicende descritte si rinvia a M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 519 ss..

oggi sono riconducibili al modello *regolatorio* inaugurato con la L. 481 del 1995, e riferibile pressoché a tutti i servizi di pubblica utilità cd. a rete, pur con differenti specificità attinenti la diversità dei settori considerati e secondo un inquadramento teorico che qualifica i servizi pubblici come attività soggette a rapporti d'utenza⁴⁰⁰.

All'interno del quadro locale tuttavia, la regolazione si è tradizionalmente palesata come forma di programmazione politicamente amministrata, costituendo così più una variabile del processo politico che non una formula preposta a fornire gli strumenti per promuovere e realizzare la concorrenza. Tale aspetto è dovuto non soltanto all'assenza perenne di Autorità di regolazione nei settori ancora sottoposti a una disciplina generale delle modalità di affidamento, ma anche alla ricorrente posizione di conflitto di interesse che connota la posizione dell'ente locale, spesso contemporaneamente affidatario e gestore del servizio, solitamente corredata dalla circostanza che a livello locale mancano del tutto strutture e competenze tecniche adeguate.

La sommaria ricognizione delle discipline dei SPL che si sono succedute negli anni è stata sufficiente ad evidenziare l'assenza di una regolazione propriamente intesa.

L'esperienza nostrana a livello locale ha infatti mostrato continui mutamenti di forme giuridiche e di gestione, intervallati da trasformazioni che hanno riguardato ingressi dei privati all'interno di compagini societarie di diretta derivazione delle risalenti aziende municipalizzate. Le stesse riforme di inizio secolo non sono riuscite ad andare oltre la previsione di procedure di affidamento mediante gara se non in alternativa a formule di cd. autoproduzione, la cui scelta era comunque rimessa alla totale discrezionalità dell'ente locale. Conseguentemente non erano neppure ipotizzabili regimi di libera prestazione dei servizi. Anche laddove poi è stata prevista la

⁴⁰⁰ Cfr. *supra*, Cap.I, par. 1.2

separazione tra la rete e il servizio è mancato il riconoscimento di un diritto di accesso all'infrastruttura, misura che, chiaramente ispirata alla nota teoria delle cd. *essential facilities*, è stata invece all'origine della progressiva apertura al mercato in tutti i servizi a rete di pubblica utilità⁴⁰¹. Nell'ambito locale infatti la regolazione si è tradotta impropriamente nella assunzione del servizio da parte dell'Ente, espressione di una scelta politica che ha già selezionato la domanda, a cui poi si segue la programmazione che definisce i livelli di qualità del servizio e l'individuazione dei costi dello stesso.

L'espressione di una funzione regolatoria è stata allora rinvenuta nel tentativo di mimare gli effetti della concorrenza a livello del mercato degli affidamenti, in cui comunque il soggetto gestore poteva godere dell'attribuzione di diritti di esclusiva⁴⁰². Nell'ambito locale infatti la regolazione ha allora coinciso con l'espressione di una scelta politica che ha già selezionato la domanda, a cui poi si segue la programmazione che definisce i livelli di qualità del servizio e l'individuazione dei costi dello stesso.

Ad una prima lettura anche per il legislatore della riforma di cui all'art. 23 - bis, il termine regolazione ricorre soltanto in parallelo alla distinzione con le funzioni di gestione, in ordine al divieto di espletare determinati incarichi da parte di dati soggetti che già ricoprano una data funzione all'interno dell'ente locale⁴⁰³. E' indubbio che da tali disposizioni possa ricavarsi un tentativo di evitare quei conflitti di interesse tra politica ed amministrazione, al fine di poter garantire maggior autonomia e potestà decisionale alla stessa società pubblica che gestisce il servizio, ma non si intravedono misure volte ad aprire

⁴⁰¹ In merito alla dottrina dell'*essential facility* cfr. *ex multis*, R. WHISH, *Competition Law*, Oxford university press, 2012; C. CAZZOLA, *La dottrina dell'essential facilities e la politica antitrust*, in F. BONELLI - S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, ed. Giuffrè

⁴⁰² Parafrasando ancora F. MERUSI, *Cent'anni*, cit.

⁴⁰³ Cfr. art. 23 bis. D.l. 112/2008, comma 10 lett.c) e regolamento delegato n. 168 del 2010, art. 9, commi 1 - 9

alla concorrenza, e nè tantomeno si prevedono strumenti idonei a garantire la soddisfazione dei livelli minimi di qualità, se non tramite un indiretto rinvio alle previsioni dei vari contratti di servizio e all'adozione - solo prevista - di Carte dei servizi. E lo stesso similmente con la disciplina di cui all'art. 4 d.l. 138 del 2011 e successive modifiche, nel quale venivano disciplinati, ai commi 19 - 27, i regimi di incompatibilità tra ruoli politici - amministrazione, nonchè le incompatibilità previste per l'assunzione di incarico di componente di gara e nuovamente il ruolo dell'organo di revisione di cui all'art. 234 T.U. enti locali, nel caso di affidamento della gestione del servizio a società in house, oltre le circostanze in cui il capitale del soggetto gestore fosse partecipato dall'ente affidante. L'obiettivo della norma, anche in questo caso si allontana molto dal tradizionale ambito di intervento della regolazione, limitandosi ancora a quello che è stato definito come un tentativo di ridurre i conflitti di interesse nel governo dei servizi, onde evitare ingerenze ingiustificate della classe politica locale⁴⁰⁴.

Il contratto di servizio, anche nel recente quadro, restava dunque lo strumento fondamentale di disciplina, ma la conformità dell'interesse pubblico alla predeterminazione in via amministrativa dei livelli di offerta quantitativa e qualitativa avrebbe dovuto quantomeno conciliarsi con le "verifiche di mercato" che gli enti locali avrebbero dovuto compiere prima di procedere alla richiesta di parere all'Autorità per la concorrenza ed il mercato. Parere che, seppur non vincolante, comportava comunque che l'Ente prestasse particolare attenzione al percorso motivazionale seguito⁴⁰⁵.

Queste ultime due riforme tuttavia, seppur con risultati diversi, configuravano altri importanti contributi alla presenza della

⁴⁰⁴ G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2012

⁴⁰⁵ Cfr. *retro*, par.1, *infra* par. 5.4, 8 e 9.

regolazione nel settore dei servizi pubblici locali.

Sostenere che regolazione sia concetto equiparabile all'intervento pubblico nell'economia⁴⁰⁶, come indiretta conseguenza di ricostruzioni dottrinarie volte a inscrivere all'interno di questo tipo di intervento la stessa regolazione⁴⁰⁷, significa correre il rischio di equiparare la disciplina di attività economiche private a forme di programmazione di mercati ove la domanda è predeterminata in sede politica e non lasciata alla libera esplicazione dell'incontro tra domanda e offerta.

In questo senso, l'introduzione del principio di prevalenza del ricorso alla gara come previsto nelle discipline recenti, seppur diversamente modulato e attenuato dalla previsione di regimi transitori, aveva notevolmente depotenziato la possibilità che l'ente locale fosse ancora di fatto l'unico titolare della predisposizione della domanda pubblica.

La limitazione del conferimento di diritti speciali ed esclusivi alla verifica di dati presupposti, le restrizioni più o meno ampie del ricorso all'in house, avevano invece continuato a preservare la funzione organizzativa dell'ente locale, seppur a condizione di prelieve verifiche di impossibili funzionamenti di mercati concorrenziali, limitati ai soli affidamenti per ciò che riguarda la disciplina più risalente ed estesi invece a determinare la presenza di una pluralità di operatori all'interno della normativa più recente.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012 dà modo di potere evidenziare nel dettaglio i differenti modi a mezzo dei quali le recenti riforme tentavano di introdurre una "regolazione" nel settore dei servizi pubblici locali.

⁴⁰⁶ Della distinzione avverte S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI (a cura di) *Regolazione e concorrenza*, ed. Il Mulino, 2001, p. 11 ss.

⁴⁰⁷ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, ed. Giappichelli, 2002, p. 152 ss.

4. La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità dell'ultima riforma

A mezzo di distinti ricorsi, alcune Regioni⁴⁰⁸ hanno sollevato in via principale questioni di legittimità costituzionale inerenti disposizioni contenute nell'art. 4 del decreto legge n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 148 del medesimo anno. Le censure espresse, in larga parte coincidenti, sono riunite per essere definite tramite unica pronuncia.

Successivamente all'instaurazione del giudizio, sono tuttavia intervenute numerose modifiche al testo originario⁴⁰⁹, tali da circoscrivere maggiormente il perimetro di azione degli enti locali in merito alla possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti⁴¹⁰.

Il contenuto prescrittivo delle disposizioni introdotte ha indotto la Consulta a ritenere che, in forza del principio di una effettiva tutela giurisdizionale, le censure originariamente formulate dovessero operare nei riguardi del contenuto dell'art. 4, così come novellato

⁴⁰⁸ Nello specifico Regioni Puglia (reg. ric. n. 124 del 2011), Lazio (reg. ric. n. 134 del 2011), Marche (reg. ric. n. 138 del 2011), Emilia-Romagna (reg. ric. n. 144 del 2011), Umbria (reg. ric. n. 147 del 2011) e la Regione autonoma della Sardegna (reg. ric. n. 160 del 2011).

⁴⁰⁹ In particolare per effetto dell'art. 9, comma 2, lettera n), della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lettera b), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese).

⁴¹⁰ Le disposizioni cui fa riferimento la Corte riguardano l'espressa previsione della prevalenza della normativa in questione sulle normative di settore (art. 4, comma 34), l'abbassamento sensibile della soglia relativa al valore del servizio al di sotto della quale non sarebbe stato più possibile ricorrere a un affidamento cd. In house, inizialmente prevista entro il limite di valore di 900.000 euro e successivamente ridotta a 200.000 (art. 4, comma 13), e sempre comunque previo un parere obbligatorio dell'AGCM che avrebbe dovuto pronunciarsi anche “ *in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva*” (art. 4, comma 3) ad un singolo operatore a seguito di gara volta ad individuare il monopolista nell'erogazione di un dato servizio. Parimenti, in ottemperanza alla L. 131/2003, è stato previsto un potere sostitutivo del governo nei casi di inottemperanza alle disposizioni in questione (art. 4, comma 32-bis).

dagli interventi legislativi successivi.⁴¹¹

Preliminarmente occorre osservare come la Corte abbia ritenuto inammissibile per carenza di adeguata motivazione, una censura della Regione Puglia riguardante una pretesa violazione dell'art. 117 Cost.⁴¹², comma 1, per contrasto con gli art. 14 e 106 del TFUE e con l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e dichiarato l'assorbimento di altri eventuali profili di violazione della Costituzione⁴¹³ in virtù dell'accoglimento della censura inerente il contrasto della norma impugnata con l'art. 75 Cost.

L'Avvocatura generale dello Stato invece, oltre a sostenere come non siano mai stati precisati i limiti inerenti la preclusione della non riproponibilità di una disciplina abrogata, si è limitata a chiedere il rigetto per infondatezza delle censure sollevate in ordine alla violazione del riparto di competenze, in quanto sostanzialmente riproducibili questioni sulle quali la Corte si era già soffermata proprio nel giudizio di legittimità costituzionale instauratosi a seguito

⁴¹¹ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 142 del 2012

⁴¹² Il principio di riconoscimento di pluralismo delle fonti, ricavabile secondo il ricorrente dalle disposizioni sopra citate, in virtù del combinato disposto con il principio comunitario di neutralità degli assetti proprietari e delle forme giuridiche delle imprese ex art. 345 TFUE nonché con il principio di cd. "preemption", il quale avrebbe effetto di precludere a livello nazionale l'adozione di discipline divergenti da quanto previsto a livello sovra nazionale,

⁴¹³ La Regione puglia ha dedotto anche una violazione dell'art. 77 Cost., per mancato soddisfacimento dei requisiti di necessità e urgenza nel procedere a mezzo di decreto legge all'emanazione del d.l. n. 138 del 2011. Le Regioni tutte hanno invece impugnato l'art. 4 per il mancato rispetto di competenze tra Stato e Regioni quanto all'affidamento e alla disciplina dei servizi pubblici locali, per violazione degli artt. 5, 114, 117, 118 Cost., nonché degli artt. 3 e 4 dello statuto speciale per la Regione Sardegna. La Regione Marche ha altresì impugnato il comma 18 dello stesso art. 4, in quanto riservava allo statuto dell'ente locale, in luogo della Regione, la competenza a verificare il rispetto del contratto di servizio da parte del gestore, violando così la competenza regionale residuale in materia di SPL. La medesima impugnava il comma 21 della stessa disposizione, in quanto avrebbe invaso la competenza regionale in materia di ordinamento degli enti locali nel limitare i requisiti per la nomina degli amministratori di società partecipate da enti locali. Le Regioni Umbria ed Emilia Romagna, censuravano invece anche l'art. 4, comma 14, poiché prevedeva l'assoggettamento delle società in house al patto di stabilità interno, con le stesse ragioni a mezzo delle quali la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 325 del 2010, riteneva costituzionalmente illegittima la stessa previsione inclusa nella normativa dell'abrogato art. 23 bis, art. 10, lett. A) del d.l. n. 112 del 2008.

dell'adozione dell'art. 23 bis⁴¹⁴.

Tutte le ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 75 Cost., in quanto la norma impugnata avrebbe riprodotto non solo la disposizione che era stata oggetto di referendum nel Giugno 2011, ma anche altre originariamente contenute nel regolamento di delegificazione⁴¹⁵ e poi sostanzialmente trasfuse nella nuova disciplina a mezzo della sola fonte primaria.

Il parametro di legittimità dedotto dalle regioni ricorrenti non atteneva quindi direttamente ad una presunta lesione della sfera di competenza regionale⁴¹⁶, in quanto riguardava piuttosto i vincoli all'azione del legislatore in merito alla riproposizione di una data disciplina a seguito di una abrogazione referendaria. La Corte, conformemente ad alcune sue precedenti pronunce⁴¹⁷, ha ritenuto che la violazione dell'art. 75 Cost., fosse potenzialmente idonea a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni e che pertanto, indicata la specifica competenza regionale che si assumeva violata, nonché le ragioni di tale lesione, fosse possibile evocare a mezzo di ricorso in via principale parametri di legittimità formalmente diversi dall'unico prescritto all'art. 127 Cost., a condizione che fosse fornita sufficiente motivazione⁴¹⁸ in ordine ai profili attraverso i quali la violazione dedotta potesse aver indirettamente inciso anche sul riparto di competenze.

L'abrogazione dell'art. 23 bis, determinata a mezzo della consultazione referendaria avrebbe infatti condotto ad una sorta di ri-

⁴¹⁴ Il riferimento è alla sentenza n. 325 del 2010

⁴¹⁵ Il riferimento è all'art. 23 – bis del d.l. n. 112 del 2008, come convertito dalla L. n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nonché al D.p.r. n. 168 del 2010, previsto dallo stesso art. 23 – bis, comma 10 della disposizione abrogata.

⁴¹⁶ Requisito previsto dalla stessa Carta all'art. 127 Cost., comma 2, ai fini della proposizione di un ricorso in via principale da parte della Regione interessata

⁴¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 303 del 2003, sentenze n. 22 e n. 80 del 2012

⁴¹⁸ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 33 del 2011

espansione delle competenze regionali e locali⁴¹⁹, nuovamente compresse a seguito dell'adozione dell'art. 4.

Precisa infatti la Corte che l'intento referendario consisteva proprio nell'escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis, limitanti le ipotesi di affidamento diretto, così da consentire l'applicazione della normativa comunitaria, più favorevole al ricorso agli affidamenti diretti⁴²⁰.

L'approvazione di una nuova disciplina, quale contenuta nell'art. 4, avrebbe esteso invece l'ambito di operatività della competenza esclusiva statale in tema di concorrenza prevedendo una normativa ancora più restrittiva di quella abrogata in tema di affidamenti della gestione dei SPL, così che, disattendere la volontà popolare avrebbe comportato l'ulteriore effetto di una potenziale lesione delle sfere di competenza degli enti locali minori.

L'art 4 infatti, contraddistinto secondo i Giudici dalla medesima *ratio* della disciplina abrogata⁴²¹, non solo riproduce svariate disposizioni contenute nella normativa precedente, ma opera anche una ulteriore riduzione delle ipotesi di ricorso agli affidamenti in house, tanto da arrivare secondo i Giudici delle Leggi, a determinare una “ *automatica esclusione della possibilità di affidamenti diretti[.]a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che*

⁴¹⁹ L'art. 23 bis infatti aveva limitato il ricorso agli affidamenti diretti alla sussistenza di precise condizioni, che seppur non restrittive come quelle contenute nell'art. 4, rendevano l'affidamento cd. in house una sorta di deroga alle ordinarie forme di gestione del servizio, laddove invece la disciplina previgente l'art. 23 bis, di cui all'art. 113, comma 5 del T.U. 267 del 2000 considerava l'affidamento diretto una delle possibili ed ordinarie forme di gestione. Nonostante l'esito referendario non potesse condurre a una reviviscenza delle norme di cui all'art. 113, l'applicazione dei principi comunitari avrebbe reso più agevole per l'ente locale ricorrere agli affidamenti in house.

⁴²⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 24 del 2011

⁴²¹ La prevista esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione dell'art. 4 non servirebbe a escludere l'identità della *ratio* ispiratrice, in quanto l'intento abrogativo espresso con il referendum avrebbe riguardato tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, da ciò discendendone che “*l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali non possa ritenersi satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare*”

della Regione, in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria”

La conclusione quasi obbligata consiste pertanto nel ritenere che tale disciplina sia sostanzialmente coincidente con quella abrogata tramite referendum e che le uniche novità introdotte dall'art.4 attengano alla riduzione delle ipotesi di ricorso all'affidamento diretto dei SPL. Ne consegue che sia da ritenersi violato il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare espressa attraverso l'istituto di cui all'art. 75 Cost.

E spetta proprio ad un ordinario sindacato di legittimità costituzionale, la verifica del rispetto di quei limiti riguardanti il divieto di formale o sostanziale ripristino di una normativa abrogata dalla volontà popolare⁴²², senza che tale limite possa ritenersi non violato da una eventuale scelta del legislatore di far rivivere la normativa solo in via transitoria⁴²³. Ripristino che in questo caso sarebbe provato dalla riproposizione di una nuova disciplina della materia che non modifica “*né i principi ispiratori della complessa disciplina normativa preesistente, né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti*”⁴²⁴

Non rimarrebbe comunque impedito al legislatore ordinario, anche a seguito della consultazione referendaria che ha condotto all'abrogazione della normativa, di intervenire nella materia oggetto di referendum⁴²⁵, ma il divieto di riproposizione delle norme abrogate non può essere aggirato, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, “*alcun mutamento nè del quadro politico, nè delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto*”.

In particolare, la Corte deduce la sussistenza di questo divieto di

⁴²² Il riferimento è a quanto precisato nella sentenza n. 9 del 1997, richiamata dalla stessa Corte nella pronuncia in esame

⁴²³ Cfr. Corte Cost. n. 468 del 1990

⁴²⁴ Cfr. Corte Cost. n. 68 del 1978

⁴²⁵ Cfr. Corte Cost. nn. 32 e 33 del 1993

ripristino dalla circostanza del breve lasso di tempo intercorso tra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa oggetto del giudizio, tale da "*non giustificare mutamenti idonei a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata*", quasi introducendo una sorta di limite temporale idoneo a rappresentare un elemento prodromico alla verifica degli effettivi mutamenti che possano giustificare l'adozione di una nuova disciplina.

5. Perché la concorrenza *per* il mercato di cui all'art. 23 bis e la concorrenza *nel* mercato prevista all'art. 4 non possono avere in comune la medesima ratio ispiratrice.

In questa sede non si intendono affrontare i profili inerenti il complesso rapporto tra democrazia diretta e rappresentativa, quanto piuttosto tentare di dimostrare come l'impostazione adottata dalla normativa dichiarata illegittima fosse profondamente diversa da quella oggetto di consultazione referendaria.

Ribadita l'impossibilità di determinare una sorta di cristallizzazione dell'esito referendario, la Corte sembra innanzitutto ritenere sussistente un divieto di ripristino della normativa abrogata all'interno della medesima legislatura interessata dal voto referendario.⁴²⁶

Pur infatti nella perdurante incertezza circa i tratti del contesto politico temporale che giustifichino il venir meno di eventuali vincoli all'azione del legislatore, i cambiamenti intervenuti nel quadro politico istituzionale, dalla prima versione del testo fino alle ultime modifiche che hanno interessato l'art. 4, non sono stati infatti considerati sufficienti a giustificare l'adozione di quella che, secondo la Corte, è una riproposizione illegittima della disciplina oggetto di abrogazione, nonostante sul testo originario sia intervenuto più volte

⁴²⁶ Su tale aspetto cfr. A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999

un diverso Esecutivo, sostenuto da differente maggioranza parlamentare e in un quadro di perdurante incertezza economico – finanziaria.

La problematica attinente l'esatta individuazione di vincoli per il legislatore, non è però oggetto di trattazione, anche considerata l'assenza di precisi appigli costituzionali che possano spostare su un piano giuridico una questione più prettamente politica.

Analoga considerazione deve svolgersi in merito a qualunque indagine volta a comprendere il reale intento della volontà popolare che ha condotto all'esito referendario dal quale è conseguita l'abrogazione dell'art. 23 bis.

A tal proposito la Corte , richiamando la pronuncia n. 24 del 2011, sostiene come il referendum avesse inteso sopprimere l'obbligo di affidamento competitivo dei servizi, restituendo agli enti locali la possibilità di scelta tra più modalità, laddove invece l'art. 4 limitava fortemente tale possibilità a favore di una decisa apertura al mercato.

Ritenere che la volontà popolare volesse impedire la privatizzazione dei soggetti affidatari dei servizi - in particolare nel settore idrico -, difformemente da quanto sostenuto dalla Corte, condurrebbe ad affermare che non si sia trattato di illegittima reviviscenza delle norme abrogate, quanto piuttosto di legittimo esercizio del potere di intervento del legislatore, concretizzatosi in un intervento correttivo, volto a specificare la stessa volontà espressa dal corpo elettorale. Questo anche considerato come gli obiettivi di privatizzazione ed il servizio idrico siano rimasti esclusi dall'ambito di intervento della novella legislativa.

Tenuto comunque conto delle specifiche caratteristiche di un giudizio che assuma l'art. 75 Cost. come parametro di legittimità costituzionale e considerato anche che le Regioni avevano sollevato censure in ordine alla compressione indiretta delle proprie

attribuzioni, l'operare un valutazione comparativa⁴²⁷ tra la *ratio* della normativa abrogata e quella censurata dalle ricorrenti costituiva un passaggio obbligato.

Stupisce tuttavia che nel pronunciarsi sulle norme dedotte dagli enunciati testuali oggetto di giudizio, la Consulta non si sia neppure incidentalmente soffermata sulle rilevanti differenze tra la disciplina contenuta all'art. 23 bis e la normativa di cui all'art. 4.

Secondo i Giudici Costituzionali, se quindi da un lato il corpo elettorale ha inteso conferire agli enti locali la possibilità di ricorrere nuovamente agli affidamenti diretti senza più le limitazioni dell'art. 23 bis, l'art. 4 avrebbe avuto lo scopo ultimo di tornare a comprimere le competenze degli stessi prevedendo vincoli ancor più stringenti rispetto alla normativa precedentemente abrogata, determinando di fatto una violazione della volontà popolare espressa a mezzo della consultazione referendaria.

Proprio l'aver circoscritto la possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti avrebbe determinato quindi la coincidenza delle “ratio ispiratrici”, e quella riproposizione di “principi ispiratori e contenuti essenziali” della materia idonei a determinare l'illegittima reviviscenza di disposizioni abrogate tramite referendum.

Il percorso logico – motivazionale seguito dalla Corte nel giungere alla propria conclusione non si spinge tuttavia oltre, se si esclude la sottolineatura di come la disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 abbia riprodotto, non solo talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23 - bis del d.l. n. 112 del 2008⁴²⁸, ma anche la

⁴²⁷ Giudizio comparativo e connesse problematiche inerenti i limiti al divieto di ripristino della normativa abrogata che rappresentano gli aspetti più controversi del controllo successivo di legittimità di una norma censurata in virtù della presunta violazione dei vincoli derivanti dall'esito referendario. Sul tema cfr. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 144 ss.

⁴²⁸ Viene reso l'esempio del comma 3 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 “recepito” in via di principio dai primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in tema di scelta della forma di gestione del servizio; del comma 8 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 che dettava una disciplina transitoria analoga a quella

maggior parte di quelle incluse nel D.P.R. n. 168 del 2010⁴²⁹

I Giudici in realtà, conformemente alla giurisprudenza consolidatasi sin dalla pronuncia n. 272 del 2004, mostrano di ricondurre l'intero alveo della tematica dei SPL, principalmente alle modalità di affidamento del servizio, forse trascurando come, in questo caso, la vera *ratio* della riforma, nella sua interezza, possa essere ricavabile dal corpus delle disposizioni nel suo complesso.

A modesto avviso dello scrivente, la compressione delle competenze degli enti locali in merito alle modalità di affidamento è soltanto uno, ma non il più importante tra gli effetti che le disposizioni dichiarate illegittime avrebbero prodotto.

Tuttavia la Corte evita qualunque considerazione in merito ad un'effettiva violazione delle competenze degli enti territoriali minori⁴³⁰, e già che il passaggio risultava necessario, indaga sulla *ratio* della novella legislativa, terreno apparentemente meno insidioso, considerati i molto più vaghi e mai precisati criteri che sovrintendono l'attività legislativa a seguito di una abrogazione disposta a mezzo di consultazione referendaria.

L'operazione ermeneutica condotta non porta tuttavia a cogliere la profonda divergenza tra le due discipline, che in gran parte emergerebbe dalla sola analisi del dato testuale, in virtù della possibilità di apprezzare in concreto aspetti contenuti nelle norme dichiarate illegittime e diretti al tentativo di realizzare per la prima

dettata dal comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011; così come del comma 10, lettera a), dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 325 del 2010, sostanzialmente riprodotto dal comma 14 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011

⁴²⁹ Il testo dei primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, ad esempio, coinciderebbe letteralmente con quello dell'art. 2 del regolamento attuativo dell'art. 23-bis di cui al d.P.R. n. 168 del 2010, i commi 8 e 9 dell'art. 4 coincidono con l'art. 3, comma 2, del medesimo regolamento, mentre i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli articoli 3 e 4 dello stesso regolamento

⁴³⁰ Tutte le censure promosse inerenti presunte violazioni nel riparto di competenze sono infatti state dichiarate assorbite. La Corte ha così potuto evitare di pronunciarsi nuovamente in merito all'ampiezza della materia di esclusiva competenza statale di tutela della concorrenza

volta una concorrenza *nel* mercato dei servizi pubblici locali.

Al fine di porre in risalto le notevoli differenze intercorrenti tra la disciplina recata dall'art. 23 bis e quella contenuta all'interno dell'art. 4, è necessario evidenziare sinteticamente alcuni punti chiave, che sarebbero tutti meritevoli in realtà di separata e più esaustiva trattazione.

Scopo del presente contributo non è pertanto prendere posizione a favore delle distinte concezioni esistenti in merito alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, quanto provare ad evidenziare come la conclusione cui è giunta la Corte, auspicabile o meno negli effetti, non sia probabilmente stata raggiunta evidenziando un percorso motivazionale condivisibile.

5.1 La ratio dell' art. 23 – bis...

Nel modello previsto dall'art. 23 bis l'affidamento diretto cd. *in house* era contemplato come deroga alle modalità ordinarie⁴³¹, ma i requisiti che avrebbero dovuto limitarne il ricorso si erano rivelati canoni indeterminati, nonostante il momento della scelta politica in merito alla possibilità di autoproduzione del servizio avrebbe dovuto essere comunque integrato da un'obbligatoria⁴³² richiesta di parere all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato.

Tuttavia, anche laddove gli enti locali non avessero continuato a ricorrere agli affidamenti diretti, la competizione si sarebbe svolta solo al fine di fornire l'erogazione del servizio in esclusiva, a seguito dell'aggiudicazione di una gara indetta dall'ente locale, volta a selezionare colui che sarebbe diventato unico affidatario, oppure

⁴³¹ Quelle note a favore di soggetti imprenditori o società individuati attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché a società miste a condizione che la scelta del socio privato prevedesse a questo l'attribuzione di compiti operativi e una partecipazione non inferiore al 40%

⁴³² Parere in realtà obbligatorio soltanto qualora la popolazione interessata dall'erogazione del servizio fosse stata superiore alle 50.000 unità. In caso contrario il valore annuo del servizio avrebbe dovuto essere superiore ai 200.000 euro.

socio con compiti operativi all'interno di una società mista.

Si tentava quindi di ridurre i casi di gestione in proprio degli enti locali prevedendo una qualche limitazione nel ricorso all'autoproduzione, ma la libera iniziativa economica privata era comunque compressa dalla scelta dell'Amministrazione, che evidentemente, prima di procedere alla gara per la scelta del socio privato, doveva già avere stabilito che in quel dato territorio vi era spazio per la gestione di un solo operatore in monopolio. La sola contendibilità da parte del privato del ruolo di socio o la gara per la scelta del soggetto affidatario (*cd. concorrenza per il mercato*) in esclusiva poteva quindi al limite rappresentare un aspetto definito come “*stimolo all'efficienza*” nell'erogazione di un pubblico servizio⁴³³.

L'introduzione di veri e propri obblighi di dismissione delle partecipazioni in società pubbliche⁴³⁴, avrebbe poi indotto a dover tener conto anche degli interessi del privato titolare di diritti di esclusiva, il quale è motivato a mantenerli, sfruttando quanto più possibile la posizione conseguita. Risulta pertanto evidente come la concorrenza effettiva non mostri similitudini con un sistema ove il confronto competitivo si risolva tutto nella gara. Il corpus di norme introdotto dall'art. 23 bis si prefiggeva infatti piuttosto una privatizzazione sostanziale, che notoriamente allontana e non avvicina la concorrenza *nel* mercato, soprattutto quando non sorretta contemporaneamente da norme che aprano effettivamente alla liberalizzazione.

Gli stessi sporadici richiami a nozioni che sembravano auspicare un sistema effettivamente concorrenziale, contenuti anche nel preambolo,

⁴³³ Cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit.

⁴³⁴ Tra queste si ricordi ad esempio come la qualifica di socio operativo potesse essere assunta dal privato solo dietro cessione di una quota dell'azionariato pubblico non inferiore al 40%, mentre le società a partecipazione pubblica già quotate in borsa avrebbero visto cessare i loro affidamenti qualora la partecipazione azionaria da esse detenuta non si fosse ridotta entro termini e limiti determinati.

più che aprire i servizi al mercato, sembravano avere la funzione di giustificare sul piano costituzionale l'intervento del legislatore statale, in vista dello scontato ricorso delle Regioni⁴³⁵ alla Corte.

L'unica possibilità di una futura liberalizzazione era infatti rimessa all'adozione di un regolamento governativo⁴³⁶. Tralasciando ogni considerazione inerente l'inserimento di previsioni in tema di liberalizzazione all'interno di una fonte nella totale disponibilità del Governo, quale un regolamento delegato, si può osservare come l'art. 2 dello stesso si sia limitato in realtà a introdurre mere disposizioni di principio, prive della capacità di produrre un reale effetto nella direzione auspicata dalla fonte primaria.

Inoltre, come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, la perdurante assenza di una definizione concreta di bacini territoriali ottimali, faceva mancare la reale possibilità di ravvisare localmente ulteriori ambiti rispetto a quei pochi che già di per sé avessero dimensioni di mercato rilevante.

5.2 ..e la ratio dell'art. 4.

Differente discorso invece per ciò che riguarda l'art. 4, in quanto si individuava chiaramente nella liberalizzazione delle attività economiche e nella gestione concorrenziale dei servizi da parte di una pluralità di soggetti la realizzazione di una effettiva concorrenza *nel* mercato, e senza che le enunciazioni iniziali restassero mere statuizioni di principio.

Le gestioni in esclusiva continuavano a richiedere la gara per la

⁴³⁵ Il contenzioso Stato – Regioni relative all'art. 23 bis si è concluso con la sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 2010, e a leggere le considerazioni in diritto di cui al n. 7 pare che l'impressione sia confermata.

⁴³⁶ L'art. 23 bis, comma 10, lett. g) prevedeva che il successivo regolamento delegato avrebbe dovuto limitare, “*secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, I casi di gestione in regime di esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale*”

scelta del soggetto affidatario in alternativa alla costituzione di una società mista attraverso unica gara a doppio oggetto⁴³⁷, ma il ricorso a tale modalità era stato reso residuale.

L'ente di governo avrebbe infatti dovuto previamente procedere a verifica di mercato, sottoposta al parere dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, e indire una gara per l'individuazione del titolare dei diritti di esclusiva solo qualora non fosse emersa la realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio o di singole fasi dello stesso.

Restava poi contemporaneamente circoscritta la possibilità di ricorrere all'*in house*, a mezzo della previsione di soglie economiche – di valore del servizio⁴³⁸ - di importo limitato, oltre le quali era del tutto preclusa l'erogazione del servizio in autoproduzione.

5.3. Gli ambiti territoriali ottimali nelle due discipline

La diversità del fondamento giustificativo che è alla base dell'adozione dell'art. 4, viene tuttavia in evidenza facendo riferimento anche ad altre regole ascritte alla materia, che giocano l'importante ruolo di precisare e dare effettività a quanto già previsto nella normativa disciplinante gli affidamenti.

Tali regole infatti pongono le condizioni preliminari alla realizzazione dell'effetto perseguito direttamente dalla norma dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale.

Si pensi alla necessaria costituzione di un mercato rilevante, che, seppur reso difficoltoso dalla frammentazione delle gestioni esistenti, resta elemento imprescindibile per l'introduzione di una concorrenza effettiva.

⁴³⁷ Art. 4, comma 11 e comma 12

⁴³⁸ Non superiore a 200.000 euro nell'ultima versione dell'art.4, comma 13

Tale aspetto nell'art. 23 bis e nel regolamento delegato veniva tuttavia affrontato contemplando solo una *possibilità* di definire bacini di gara che potessero creare economie di scala tali da raggiungere dimensioni minime sufficienti a dar vita ad un mercato dotato di caratteristiche idonee a permettere il confronto competitivo tra operatori anche sul mercato dei prodotti e dei servizi.

Alquanto diverso invece introdurre una prescrizione rigorosa a mezzo della quale prevedere che l'organizzazione del servizio avvenisse «di norma» per ambiti o bacini ottimali di dimensione non inferiore a quella del territorio provinciale e che ciò dovesse essere realizzato entro un termine stabilito⁴³⁹.

5.4 Il ruolo dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato

Si è già menzionata la competenza dell'AGCM in merito all'espressione del parere obbligatorio sulle verifiche di mercato tramite le quali gli enti locali avrebbero dovuto accertare od escludere la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi locali di rilevanza economica.

In caso di esito positivo, le relative attività sarebbero state liberalizzate compatibilmente con la realizzazione della missione propria di ciascun servizio. Soltanto nel caso in cui l'iniziativa economica privata, in base ad un'analisi di mercato, si fosse quindi rivelata inidonea a soddisfare i bisogni della collettività⁴⁴⁰, l'ente

⁴³⁹ Il d.l. n. 1 del 2012, art. 25, comma 1, ha inserito nella legge n. 148/2011 il comma 3-*bis*, a dimostrazione della circostanza che il quadro generale delineato dall'art. 4 fosse completato proprio da tale disposizione.

⁴⁴⁰ La necessità di individuare preliminarmente i compiti specifici che identificano e qualificano il servizio come pubblico resta passaggio fondamentale dell'analisi di mercato, come confermato anche dallo schema di regolamento di attuazione. Non

avrebbe potuto conferire diritti di esclusiva al soggetto affidatario.

Il parere, obbligatorio, non vincolante e rilasciato *ex ante* rivestiva quindi funzione prettamente regolatoria ed era contemplato sia nella normativa recentemente abrogata che in quella prevista dall'art. 23 bis.

Non può tuttavia sfuggire la differente portata dell'istituto all'interno delle due discipline.

Nella normativa più risalente, il parere dell'Antitrust era infatti finalizzato a dare concretezza al già menzionato *favor* legislativo per la privatizzazione del soggetto erogatore dei SPL⁴⁴¹, arginando il ricorso agli affidamenti in house, laddove invece nella normativa recentemente ritenuta illegittima l'ente competente avrebbe dovuto procedere ad una verifica inerente l'impossibilità di procedere a una liberalizzazione, anche solo per giustificare un affidamento in esclusiva tramite gara.

Pur con la dovuta attenzione al rispetto delle scadenze procedurali⁴⁴² in entrambi i casi il parere del regolatore indipendente avrebbe al più costituito una presunzione circa la bontà dell'esito cui era pervenuto l'ente di governo locale, superabile quindi in sede di giudizio amministrativo.

Se quindi in entrambi i casi sarebbe stato possibile discostarsi dai rilievi e dalle osservazioni espresse dall'Autorità indipendente, l'autorevolezza di quest'ultima e la specifica cognizione in materia⁴⁴³, unita ad altri accorgimenti che saranno citati di seguito, avrebbe

sfuggiva al legislatore come anche all'interno di un mercato con un assetto concorrenziale sarebbe stato necessario individuare quali servizi o quali porzioni degli stessi potessero essere soddisfatti dal mercato o andassero contemporaneamente introdotte misure di regolazione.

⁴⁴¹ F. CINTIOLI, *La Regolazione dei servizi di interesse economico generale*, convegno promosso dalla Fondazione Cesifin, Firenze, 6 Novembre 2009

⁴⁴² Per un esempio di illegittimità dell'affidamento per mancata trasmissione degli atti all'AGCM Cfr. *ex multis*, TAR Toscana, sez. I, n. 1430 del 2009

⁴⁴³ Circostanza comprovata dal fatto che presso L'AGCM, diversamente da quanto avvenuto a seguito della riforma di cui all'art. 23 bis, era già stata istituita una nuova direzione che avrebbe dovuto occuparsi specificamente proprio di rendere i pareri previsti all'art. 4, comma 3

richiesto, nella vigenza dell'art. 4, la predisposizione di un impianto argomentativo decisamente più articolato anche solo per pervenire all'adozione di una delibera quadro che non recepisce le indicazioni giunte dalla stessa.

Assunto confermato ad esempio dalla circostanza che, mentre la verifica di mercato nella vigenza dell'art. 23 bis era condotta sulla sola base di un formulario predisposto dalla stessa Autorità⁴⁴⁴, l'art. 4 prevedeva l'emanazione di uno specifico regolamento di attuazione disciplinante dettagliatamente proprio gli adempimenti degli enti locali⁴⁴⁵.

Il procedimento che gli enti locali erano chiamati a svolgere non si differenziava quindi soltanto nell'oggetto⁴⁴⁶, ma anche per la forma dello strumento prescelto e i contenuti dello stesso.

L'intenzione del legislatore di favorire quanto più possibile l'adozione delle misure di liberalizzazione e rendere più penetrante l'intervento di un soggetto terzo è ricavabile però anche dal combinato disposto con un'altra norma di recente adozione, conferente all'Autorità la legittimazione a ricorrere⁴⁴⁷, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, contro atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti delle

⁴⁴⁴ Il formulario in questione, previsto come allegato alla “*Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23 bis, comma 3, del d.l. n. 112 del 2008, convertito in L. n. 112 del 2008, relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, adottata con Delibera AGCM del 16 Ottobre 2008

⁴⁴⁵ Il regolamento in realtà non è stato mai emanato, anche se in merito allo schema trasmesso dall'esecutivo avevano già espresso il proprio parere Conferenza Unificata e Consiglio di Stato.

⁴⁴⁶ Anche la qualificazione dell'affidamento in house avrebbe dovuto essere, in via residuale, oggetto di valutazione comparativa con possibili forme di concorrenza attuabili tra gli operatori del settore considerato, e quindi di convenienza economica da parte di imprese terze rispetto all'ente locale. Tuttavia, l'analisi di mercato richiedeva sempre dover tener conto di peculiari caratteristiche ambientali, geomorfologiche e sociali, le quali, oltre a introdurre grandi margini di discrezionalità per l'ente procedente, definivano di fatto l'ambito di operatività dell'in house (e quindi anche della eventuale concorrenza nel mercato) in termini di opportunità piuttosto che di economicità.

⁴⁴⁷ Cfr. art. 21 bis, comma 2, della L. 287 del 1990, come introdotto dall'art. 35 del D.L. n. 201 del 2011. Sarebbe stato interessante verificare la casistica delle fattispecie concrete eventualmente rientranti nell'alveo di applicazione di tale disposizione. Si pensi ad esempio alla mancata adozione della delibera da parte dell'Ente locale a seguito della ricezione del parere dell'Autorità Antitrust.

Amministrazioni, che, a prescindere da altre eventuali fattispecie rientranti nell'alveo di applicazione di tale disposizione, avrebbe sicuramente potuto riguardare la delibera quadro dell'ente di governo locale.

La prova poi che l'intervento dell'AGCM non si sarebbe rivelato svuotato, risolvendosi in una sorta di controllo improprio di regolarità formale degli adempimenti prescritti agli enti dalle fonti primarie e secondarie, è ricavabile non solo dalla recente novella che aveva reso facoltativo per l'Autorità pronunciarsi entro 60 giorni dalla richiesta dello stesso⁴⁴⁸, ma anche in virtù del fatto che l'obbligo di gestione dei servizi per ambiti territoriali attenuava i problemi organizzativi derivanti dallo spropositato numero di enti che in caso contrario sarebbero stati chiamati a deliberare⁴⁴⁹.

Queste disposizioni, assieme all'istituzione della neonata Autorità dei Trasporti⁴⁵⁰ e al trasferimento all'Autorità dell'energia elettrica e

⁴⁴⁸ L'art. 53 di cui al d.l. n. 83 del 2012, al n. 1, lett. b), apporta alcune modifiche, al previgente comma 3 dell'articolo 4 del d.l. 138 del 2011 inerente l'attribuzione dei diritti di esclusiva, con l'aggiunta – rispetto alla già prevista dimensione dell'ente (10.000 abitanti) - di un valore economico del servizio (200.000 euro annui), quale discriminante per l'acquisizione del parere obbligatorio ma non vincolante, dell'Autorità Garante della Concorrenza ed del Mercato. Ulteriori modifiche prevedono che per l'espressione del parere, l'*Antitrust* adesso potesse pronunciarsi entro sessanta giorni dal ricevimento dello stesso, chiarendo la natura ordinatoria tale scadenza. Rispetto al soggetto competente a svolgere l'istruttoria, sempre al succitato comma 3 dell'articolo 4 del d.l. 138 del 2011, viene eliminato l'inciso "dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza", restando quindi a carico dell'ente locale l'attuazione della complessa procedura per l'attribuzione dei diritti di esclusiva.

Infine era stabilito che, trascorsi i previsti 60 giorni senza che l'Autorità abbia espresso alcun parere, l'ente richiedente potesse comunque adottare la delibera quadro, introducendo così una forma di silenzio devolutivo in analogia a quanto previsto all'art. 16 L.P.A.

⁴⁴⁹ Anche a seguito dell'art. 53, di cui al d.l. n. 83 del 2012, n. 6, lett. b) il quale, inserendo un nuovo comma 35 *bis* all'articolo 4 del d.l. 138 del 2011 stabiliva, in via retroattiva, che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, la verifica della gestione concorrenziale, la delibera quadro, le richieste di parere all'*Antritrust* e gli eventuali affidamenti in esclusiva, fossero effettuati unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali, di cui all'articolo 3 *bis*, dagli enti di governo degli stessi, come istituiti o designati dalle Regioni.

⁴⁵⁰ L. n. 27 del 2012

gas delle competenze nel settore idrico⁴⁵¹, anche se formalmente non rientrano nella disciplina dei SPL, non possono che essere inserite in un quadro complessivo di riforme dell'ultimo periodo volto proprio a stimolare una concorrenza effettiva nel settore, anche attraverso la necessità di individuare soggetti regolatori nell'ambito considerato, differenti dall'ente pubblico concedente, in un primo tentativo volto a riscattare la funzione regolatoria da quel ruolo ancillare rispetto alla programmazione⁴⁵², da sempre caratterizzante il settore dei servizi pubblici locali.

6. Conclusioni

La *ratio* ravvisata dalla Corte, identificata nella sola limitazione della scelta delle modalità di affidamento da parte degli enti locali, in conclusione collide con le ragioni di fondo di un intervento ed un intento di più ampio respiro tentato dalla riforma ritenuta illegittima.

Un'occasione forse perduta di porre fine a successione di discipline prive di una vera strategia organica, le quali erano diretta espressione della crisi che aveva interessato ad inizio anni '90 il regime tradizionale dei servizi pubblici in generale.

L'instabilità⁴⁵³ che caratterizzava la materia sembrava destinata quindi a trovare un primo assestamento, fino a quel momento mancato nonostante l'azione sinergica dei processi di privatizzazione e liberalizzazione di numerosi ambiti cominciati all'inizio degli anni '90 del secolo trascorso.

L'analisi di alcune tra le più rilevanti previsioni dell'art. 4 ha

⁴⁵¹ D.L. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011. Si ricorda come il settore idrico non sia stato tuttavia oggetto della riforma di cui all'art. 4 d.l. n. 138 del 2011 e successive modificazioni.

⁴⁵² Sul tema cfr. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit.

⁴⁵³ F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit.

infatti evidenziato la scomparsa degli obiettivi di privatizzazione, la quasi totale impossibilità di ricorrere agli affidamenti in house se non per quei servizi cd. innominati⁴⁵⁴, la forte limitazione dei regimi in esclusiva, nonché disposizioni volte a costituire un mercato rilevante nei SPL attraverso la costituzione di ambiti territoriali ottimali. Questi elementi, oltre ad evidenziare forti aspetti di discontinuità rispetto alla normativa del 23 bis, delineano il reale tentativo di provare a introdurre la cd. concorrenza *nel* mercato all'interno del settore considerato.

Lo stesso schema di regolamento attuativo, nello specificare i passaggi della verifica di mercato sopra ricordati, precisava poi dettagliatamente la disciplina dei rapporti che si sarebbero venuti a creare tra ente e operatori – affidatari, segno che, nonostante fossero auspicabili alcune migliorie⁴⁵⁵, le intenzioni erano rimaste serie anche in sede di prima concreta applicazione, laddove di solito si nascondono i più grandi *bluff*...

Al di là tuttavia di interrogativi che forse soltanto la prassi avrebbe potuto provare a risolvere, non pare negabile come, oltre a presentare contenuti essenziali incompatibili, le due discipline esaminate, prescindendo da qualunque giudizio di valore in merito, fossero pertanto animate da *ratio* ispiratrici che, almeno dalle premesse – o dalle promesse - risultavano profondamente differenti non solo nelle finalità e negli obiettivi, ma anche nelle disposizioni concretamente apprestate al fine di garantire una qualche effettività ai principi ispiratori in esse contenuti.

Al momento però, oltre a ricordare i nodi problematici da

⁴⁵⁴ Dato che non pare ipotizzabile un valore annuo del servizio inferiore ai 200.000 euro per i servizi cd. a rete

⁴⁵⁵ Nel silenzio della legge, sarebbe stato forse opportuno prevedere all'interno dello schema di regolamento, la concreta interdipendenza tra eventuali obblighi di servizio pubblico e attività svolta in presenza di un titolo abilitativo all'esercizio, in quei casi in cui si operasse al di fuori del regime di esclusiva, nell'assenza quindi di un contratto di servizio.

sciogliere in virtù del vuoto normativo venutosi a creare, non resta che interrogarsi circa l'impostazione che verrà adottata dal prossimo intervento legislativo.

Verrà confermato l'attuale *favor* nei confronti della nozione di concorrenza in quanto "materia" di esclusiva competenza statale, con conseguente impossibilità per gli enti territoriali minori di poter intervenire in totale autonomia in merito alle modalità di affidamento dei servizi⁴⁵⁶, oppure si cercherà di trovare un nuovo punto di equilibrio tra Stato e Mercato?

Nell'attesa di dare risposta a tali quesiti, si torna, nuovamente, al punto di partenza.

Non è possibile, al momento attuale, stabilire se la futura disciplina manterrà l'impostazione adottata da quella precedente. Indubbiamente, nessuna nuova riforma verrà tentata prima della futura legislatura, non soltanto per i menzionati limiti gravanti sul legislatore.

7. Cosa resta dopo la sentenza Corte Cost. n. 199 del 2012.

La sentenza esaminata travolge larga parte della recente disciplina dei servizi pubblici locali. Prima di provare a fornire qualche spunto di riflessione in merito alle prospettive future occorre tuttavia una breve panoramica ricognitiva in merito a ciò che effettivamente residua dall'intervento del Giudice costituzionale.

Oltre al naturale venir meno di tutti gli adempimenti previsti in tema di affidamenti, quali ad esempio le delibere quadro e il parere dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (d'ora in avanti

⁴⁵⁶ La Corte Costituzionale non ha infatti affrontato, ritenendole assorbite, le censure relative alla violazione del riparto di competenze, lasciando di fatto impregiudicate le impostazioni tradizionali confermate con la sentenza n. 325 del 2010.

AGCM), decadono le varie disposizioni previste in tema di incompatibilità tra incarichi e regimi transitori, quelle inerenti i livelli di qualità del servizio e tutela degli utenti, continuità del servizio, obblighi di servizio pubblico e via discorrendo. In sostanza tutto il contenuto dell'art. 4 oggetto della pronuncia.

Non sono ovviamente interessate dalla sentenza tutte le normative originariamente escluse che continuano a trovare riferimento in specifiche previsioni di settore.

Ciò che però più rileva in questo contesto è la rinnovata possibilità da parte degli enti locali, di potere scegliere la formula organizzativa che più ritengono opportuna, pur nel rispetto dei principi europei in materia di tutela della concorrenza. Restano quindi ad esempio applicabili all'in house le norme riguardanti i vincoli e limiti circa l'assunzione di personale, beni e servizi, perchè contenute nell'art. 3 bis, ma non sarà più impedita la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi messi in gara da altri enti locali, in quanto scompare la disposizione che vietava l'attività cd. *extra moenia*.

Per le gestioni attualmente esistenti, la sentenza determina di fatto una proroga della durata degli affidamenti fino alla scadenza naturale originariamente prevista, salva sempre la compatibilità con la disciplina europea, sia che si tratti di società in house che di società miste. Nonostante la recente pronuncia della Corte, non si potrebbe infatti escludere la legittimità di una normativa che si limitasse a prevedere termini perentori entro cui gli affidamenti, soprattutto in house, vengano resi compatibili con le condizioni previste a livello europeo. Parimenti scompare l'obbligo per i Comuni di ridurre le partecipazioni in società quotate al fine di portare a scadenza le gestioni già in essere.

L'applicazione diretta della normativa comunitaria, richiede tuttavia il rispetto di un quadro di regole concorrenziali minime per quanto riguarda l'affidamento dei servizi locali aventi rilevanza economica e

riguardanti sia affidamenti in house che a società miste⁴⁵⁷ anche se non vi è traccia invece di correlati obblighi di dismissione, che seppur con modalità diverse, caratterizzavano le discipline interne.

La ri-espansione delle competenze degli enti locali conduce quindi alla possibilità di applicare direttamente le regole dei Trattati secondo l'interpretazione fornita in sede giurisprudenziale, a proposito dell'interpretazione dell'art. 106 TFUE. In tale norma il diritto di esclusiva in esso contemplato è riferibile tuttavia sia al cd. in house che alla possibilità di scegliere attraverso un'unica gara il soggetto che erogherà il servizio in condizioni di sostanziale monopolio.

Uno dei primi interrogativi che interesseranno il legislatore che appresterà la nuova disciplina, non riguarderà tanto la possibilità di introdurre una cd. concorrenza *per* il mercato degli affidamenti, dai parametri ancora più restrittivi di quanto già (in)definito a livello europeo, oppure l'ammissibilità di previsioni volte a introdurre la concorrenza tra una pluralità di operatori. Entrambe si ritengono infatti possibilità concesse agli ordinamenti interni.

Il punto nevralgico dell'intervento inciderà allora presumibilmente sulle modalità attraverso le quali permettere che si verifichi la compatibilità tra il principio di proporzionalità come espressione dell'art. 106 TFUE e quella "specificata missione" che consente l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi. Se infatti anche tale facoltà spetta allo Stato, in quanto diretta espressione del principio di sussidiarietà sotteso allo stesso art. 106 TFUE, nonché alle interpretazioni della Corte Costituzionale sul punto, si tratterà di provare a ipotizzare soluzioni, condivise per quanto possibili dagli Enti Locali, che conducano ad adottare una disciplina che possa finalmente dirsi realmente stabile.

⁴⁵⁷ Orientamenti ai quali si rinvia: cfr. *supra*, Cap. I, par. 4 ss.

7.1. Alcuni effetti della pronuncia

Diversamente dagli effetti prodotti a seguito della consultazione referendaria tenutasi nel 2011 che ha determinato la caducazione della disciplina contenuta all'art. 23 bis, ed esplicantisi a partire dal successivo decreto presidenziale⁴⁵⁸, gli effetti abrogativi di una sentenza della Corte Costituzionale hanno, come noto, efficacia retroattiva, e travolgono pertanto tutti i rapporti non ancora esauriti⁴⁵⁹ nel frattempo venuti in essere. Se dunque la norma dichiarata illegittima cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione⁴⁶⁰, tal venir meno degli effetti comporta un obbligo di disapplicazione della stessa e conseguente caducazione degli effetti non definitivi che si sono prodotti o che ancora trovano esplicazione a mezzo di rapporti in corso di svolgimento.

La sentenza pertanto sarebbe di per sè idonea a incidere su una pluralità di situazioni tale da poter indurre l'ente locale a considerare il ricorso ad un annullamento d'ufficio per illegittimità derivata degli atti emanati, fermo restando che qualunque atto adottato in applicazione di una disposizione ritenuta illegittima può essere annullata dallo stesso giudice amministrativo, pur con la dovuta attenzione alla richiesta presenza di eccezioni di incostituzionalità eventualmente sollevate dai soggetti interessati⁴⁶¹. La giurisprudenza amministrativa ha infatti nel tempo modulato l'originaria posizione che riconosceva un potere di annullamento d'ufficio praticamente senza limiti⁴⁶², ed in un'ottica volta a contemperare un bilanciamento tra il modello del processo impugnatorio e ragioni più prettamente sostanzialistiche inerenti la legittimità costituzionale dell'atto

⁴⁵⁸ Decreto Presidente della Repubblica n. 113 del 18 Luglio 2011

⁴⁵⁹ In tal senso, Cass. Civile n. 1384 del 1975 e Cons. St., n. 3237 del 2001 e n. 5479 del 2009

⁴⁶⁰ Esattamente nel modo in cui recita l'art. 136 Cost.

⁴⁶¹ Cons. St. n. 3997 del 2009

⁴⁶² In questo senso cfr. Cons. St., Ad. Plen. n. 8 del 1963

impugnato, ha chiarito come il provvedimento interessato possa essere annullato d'ufficio solo ove la norma dichiarata incostituzionale sia evocata nei motivi del ricorso. In caso contrario, il vizio del provvedimento, pur sussistente, non può essere dichiarato dal giudice e il rapporto sottostante, relativamente a quello specifico vizio, deve considerarsi esaurito per inoppugnabilità⁴⁶³.

Nella realtà dei fatti tuttavia tale aspetto è notevolmente semplificato dall'ampio significato riconosciuto al concetto di "*rapporto esaurito*"⁴⁶⁴, volto a ricomprendere situazioni giuridiche nelle quali i rapporti tra le parti siano stati definiti prima della pronuncia di illegittimità costituzionale, tra le quali sicuramente vi rientrano gli atti negoziali rilevanti sul piano sostanziale e processuale. In base tali considerazioni, risulta come la problematica menzionata potrebbe riguardare allora soltanto due casi.

Il primo attinente l'ipotesi in cui l'ente locale emani una delibera quadro per l'affidamento di un servizio in esclusiva e a questa, al momento della pronuncia della Corte Costituzionale, non fosse ancora seguito nè l'affidamento successivo all'espletamento della gara, nè tantomeno la stipula del contratto di servizio.

Un'altra circostanza potrebbe allora rinvenirsi qualora l'ente locale avesse introdotto una effettiva liberalizzazione del settore. Ragionando in tal senso per astratto, dato che tale eventualità non pare essersi verificata, venendo meno la legislazione che in presenza di date circostanze impeditive imponeva la concorrenza nel mercato, potrebbe determinarsi la condizione in base alla quale l'ente scelga di procedere esso stesso ad un affidamento diretto o a produrre direttamente il servizio che già viene erogato in concorrenza. Nella prima ipotesi, ovvero il ricorso all'in house, si tratterebbe comunque

⁴⁶³ Cfr. Cons. St. n. 5058 del 2009

⁴⁶⁴ I rapporti da considerare sono quelli posteriori all'entrata in vigore della norma, risalente al 13 agosto 2011. Anche recentemente è stata definita l'operatività della nozione, cfr. Cons. St., n. 3997 del 2009

di verificare il rispetto dei principi comunitari, in particolar luogo del principio di proporzionalità, mentre negli altri casi resterebbe da domandarsi cosa potrebbe impedire all'ente territoriale di essere un attore di un mercato liberalizzato.

La questione invece non può porsi per gli affidamenti per i quali era stata prevista una scadenza anticipata, in quanto comunque posteriori alla pronuncia della Corte.

Sembra infine torni ad essere attribuita ai Comuni la ulteriore possibilità di ricorrere all'azienda speciale. In tal senso già deponeva l'interpretazione fornita dal giudice amministrativo⁴⁶⁵, per il quale il ricorso a tale figura, quando non impedito dall'esistenze di norme settoriali che ne vietano il ricorso, è possibile in presenza di un servizio che abbia natura economica, anche senza che sussista una particolare motivazione a sostegno della scelta di tale formula organizzativa.

7.2 Ulteriori considerazioni sugli Ambiti territoriali ottimali (ATO) a seguito della sentenza

Permangono invece le disposizioni in tema di ambiti territoriali ottimali, contenute come noto all'art. 3 bis, il quale prevedeva che fossero le Regioni a definire entro il 30 giugno 2012 il perimetro degli ambiti o bacini territoriali, e secondo l'art. 53 del d.l. 83/2012 anche istituire e designare gli enti di governo di tali bacini o ambiti per l'organizzazione dei servizi pubblici locali.

La disposizione, seppure ancora in vigore, va tuttavia coordinata con quanto contenuto all'art. 19, di cui al d.l. n. 95 del 2012, come convertito nella L. 135 del 2012, il quale detta una norma in tema di funzioni fondamentali dei Comuni. In tal senso, il comma 1, lett. d)

⁴⁶⁵ Cons. St., n 931 del 2005, Cons. St., n. 552 del 2011

della disposizione citata⁴⁶⁶, nel prevedere un concerto tra i Comuni e la Regione al fine di determinare la dimensione territoriale ottimale per l'esercizio di funzioni fondamentali, tra le quali rientra anche l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale in ambito comunale, prevede altresì che *“l'esercizio delle funzioni fondamentali [avvenga] entro il termine indicato dalla stessa normativa”*. Poiché la normativa cui si fa riferimento è quella regionale, si può affermare che è lecito attendersi come pertanto, in assenza di disposizioni di segno opposto, nella perdurante assenza di una disciplina statale il termine entro il quale dar vita agli ambiti territoriali ottimali venga definito dall'ente regionale.

La stessa disposizione contiene previsioni che erano originariamente destinate a far da cornice al quadro di generale promozione della concorrenza come delineato dall'art. 4, quale l'incentivo a tutelare l'occupazione e un generico *favor* riconosciuto a quegli enti territoriali che applichino procedura di evidenza pubblica riguardo all'affidamento dei servizi,⁴⁶⁷ in vista di priorità nell'assegnazione finanziamenti concessi a mezzo di risorse pubbliche statali, anche a seguito di verifiche di efficienza gestionale e qualità del servizio operate dall'Autorità di settore. Il riferimento alle Autorità di regolazione, soprattutto nelle più risalenti versioni della norma apparivano sicuramente di scarsa incisività, considerato che, escluse le nuove attribuzioni conferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas per il settore idrico, non risultava chiaro quali potessero essere le Autorità coinvolte, a meno di ipotizzare che anche tali competenze dovessero essere svolte dall'AGCM.

L'art. 3 bis inoltre, era strettamente concepito in relazione all'art. 4

⁴⁶⁶ La quale sostituisce l'art. 14, comma 30 del d.l. n. 78 del 2010, come convertito nella legge n. 122 del 2010

⁴⁶⁷ Art. 3 bis, comma 3, d.l. 138 del 2011. La norma, secondo il dato letterale fornito dovrebbe spiegare i suoi effetti a partire dal 2013. La virtuosità degli enti andrà valutata ai sensi dell'art. 20, comma 2, del d.l. n. 98 del 2011, come convertito nella L. n. 111 del 2011.

recentemente abrogato: la presenza quindi di una disciplina generale con annessa esclusione di determinati settori dal proprio ambito di applicazione, non aveva indotto il legislatore a introdurre una clausola di prevalenza in riferimento alla stessa disciplina degli ambiti territoriali ottimali. Un recente intervento⁴⁶⁸, nell'introdurre un nuovo comma 1-bis all'articolo in discussione ha tuttavia previsto che le procedure per il conferimento della gestione dei SPL di rilevanza economica possano essere effettuati unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali cui si fa riferimento nell'art. 3 bis. Si potrebbe pertanto affermare che viene determinata una prevalenza delle procedure stabilite al comma 1 del medesimo articolo rispetto ad eventuali altre procedure contemplate per procedere all'affidamento delle gestioni. Ciò che è invece meno pacifico riguarda l'aspetto secondo cui il comma 1-bis, si limita a stabilire la prevalenza della determinazione degli ATO prioritariamente al ricorso ad altre procedure oppure lo stesso vada inteso nel senso che questa specifica disposizione inerente gli ATO prevale anche su procedure, dettate in normative di settore, quali esempio il gas, i trasporti o i rifiuti, magari anch'esse contemplanti gli ATO, originariamente escluse dall'applicazione della riforma poi dichiarata illegittima nell'art. 4. In assenza tuttavia di ulteriori indicazioni ricavabili dal tenore letterale della legge, pare tuttavia che il nuovo comma sia riferibile esclusivamente ai servizi pubblici locali per i quali non vi sia una disciplina settoriale.

7.3 La questione del patto di stabilità

A seguito dell'intervento dei Giudici Costituzionali resta da verificare se persiste l'assoggettamento ai vincoli derivanti dal patto di stabilità per le società affidatarie di servizi pubblici locali.

⁴⁶⁸ Art. 34, comma 16, d.l. n. 179 del 2012

Non pare in discussione, almeno a legislazione vigente, l'inapplicabilità alle società in house e alle aziende speciali, come recentemente sottolineato in dottrina⁴⁶⁹, ma pare necessario introdurre alcune precisazioni. Per quanto riguarda le aziende speciali le previsioni che andavano a modificare l'art. 114, comma 5 – bis, del D.lgs. n. 267 del 2000, prevedendo un effettivo assoggettamento di queste al patto di stabilità a decorrere dal 2013, non sono state interessate dalla pronuncia della Corte. Questo dovrebbe comportare che, seppur il vincolo resti al momento inoperante in assenza della definizione delle concrete modalità stabilite con regolamento interministeriale, non possa escludersi nè la configurabilità dell'obbligo ivi contemplato, nè i connessi adempimenti in tema di deposito dei bilanci. L'intenzione del legislatore è ulteriormente confermata dalle disposizioni dettate proprio in tema del cd. decreto sulla *spending review*⁴⁷⁰, in particolare all'art. 6, comma 1, dove viene specificato come i criteri dettati in tema di coordinamento della finanza pubblica, ai fini del rispetto dei parametri del patto di stabilità si applicano anche alle aziende speciali⁴⁷¹. Se tuttavia il decreto legge era anteriore alla sentenza n. 199 del 2012 della Corte, lo stesso non può dirsi per la legge di conversione che non ha previsto modifiche alla disposizione citata.

Non è quindi ancora possibile definire le modalità a mezzo delle quali le aziende speciali siano sottoposte al patto di stabilità, ma si può affermare come sussista anche per queste l'obbligo di assoggettamento, e che comunque, trovino ancora applicazione gli

⁴⁶⁹ Cfr. A. LUCARELLI, "La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle società in house e alle aziende speciali", in www.federalismi.it del 26.09.2012

⁴⁷⁰ D.l. n. 95 del 2012, come convertito con L. n. 135 del 2012

⁴⁷¹ Per un quadro aggiornato degli ultimi interventi che hanno riguardato le aziende speciali cfr. A. SANTUARI, *Sulla trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali alla luce del d.l. n. 95/2012 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012*, in www.giustamm.it

adempimenti previsti nella legge finanziaria per il 2007⁴⁷²

Il motivo per il quale le disposizioni dettate all'art. 114, comma 5 bis citato sono inoperanti, risiede tuttavia nell'errata configurazione dell'iter legislativo prescelto, ancora una volta in odore di incostituzionalità. Si potrebbe infatti prescindere dall'osservazione inerente i termini entro i quali realizzare i regolamenti interministeriali necessari, ma anche qualora si provvedesse, rimarrebbero dei seri dubbi circa il ruolo marginale cui sarebbe relegata la Conferenza Stato – Città ed autonomie locali.

Sarebbe infatti pienamente legittimo stabilire criteri che assoggettino le società affidatarie dirette di SPL al patto di stabilità, purché con il successivo ricorso alla potestà regolamentare, si giunga ad un'intesa con la Conferenza unificata.

La materia entro la quale rientra la tematica del patto di stabilità è infatti riconducibile a quella del cd. *coordinamento della finanza pubblica*, ovvero a competenza concorrente, per la quale quindi non sussiste anche la relativa e autonoma potestà regolamentare statale. L'assenza di un'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata, in

⁴⁷² Il riferimento è alla L. n. 296 del 2006, art. 1, commi 587 – 590. Si riproduce di seguito il testo delle disposizioni interessate : 587. *Entro il 30 aprile di ciascun anno le amministrazioni pubbliche statali, regionali e locali sono tenute a comunicare, in via telematica o su apposito supporto magnetico, al Dipartimento della funzione pubblica l'elenco dei consorzi di cui fanno parte ed delle società a totale o parziale partecipazione da parte delle amministrazioni medesime, indicando la ragione sociale, la misura della partecipazione, la durata dell'impegno, l'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, il numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, il trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante.* 588. *Nel caso di mancata o incompleta comunicazione dei dati di cui al comma 587, è vietata l'erogazione di somme a qualsivoglia titolo da parte dell'amministrazione interessata a favore del consorzio o della società, o a favore dei propri rappresentanti negli organi di governo degli stessi.* 589. *Nel caso di inosservanza delle disposizioni di cui ai commi 587 e 588 una cifra pari alle spese da ciascuna amministrazione sostenuta nell'anno viene detratta dai fondi a qualsiasi titolo trasferiti a quella amministrazione dallo Stato nel medesimo anno.* 590. *Le disposizioni di cui ai commi 587, 588 e 589 costituiscono per le regioni principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, ai fini del rispetto dei parametri stabiliti dal patto di stabilità e crescita dell'Unione europea.*

luogo di un parere non vincolante reso dalla stessa, configurerebbe quindi una violazione del principio di ragionevolezza e leale collaborazione. La ragione che conduce i Giudici nella sentenza n. 325 del 2010 a dichiarare illegittima la norma che sottopone al patto di stabilità i soggetti affidatari diretti dei servizi di pubblica utilità atteneva infatti proprio la mancata previsione di un iter legislativo che contemplasse il raggiungimento di un'intesa con la Conferenza unificata, in assenza della quale il potere regolamentare da esercitarsi a mezzo di regolamento delegato non poteva legittimamente esplicarsi⁴⁷³.

Anche le società cd. in house continuano ad essere astrattamente assoggettate al patto di stabilità interno, in quanto nonostante l'avvenuta abrogazione dell'art. 4, comma 14 del d.l. 138 del 2011⁴⁷⁴, restano soggette al disposto di cui all'art. 3 - bis del medesimo decreto⁴⁷⁵. La disposizione citata è tuttavia improduttiva di effetti, in quanto il decreto ministeriale che avrebbe dovuto definire le modalità di attuazione, doveva emanare entro il 30 settembre del 2009. Tuttavia, ancora una volta, la previsione di un mero parere reso dalla Conferenza unificata avrebbe condotto a dubitare ancora della legittimità costituzionale della previsione di un mero decreto interministeriale.

⁴⁷³ Sulle tematiche collegate alla questione Cfr. *retro*, Cap. II, par. 5 ss.

⁴⁷⁴ *“Le società cosiddette “in house” affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro (per gli Affari Regionali), in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno”*

⁴⁷⁵ Comma introdotto dall'art. 25, comma 1, lett. a) , d.l. n. 1 del 2012, il quale recita: *“Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno”*.

8. Un errore da non ripetere: l'astratta antinomia tra la delegificazione e la tutela concorrenza.

Le Autorità amministrative indipendenti nascono come strumento con il quale il legislatore tenta di assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa in settori nei quali la stessa rischia di essere fortemente pregiudicata dalle influenze della decisione assunta a livello politico⁴⁷⁶.

Affinchè tale requisito sia soddisfatto è tuttavia necessario che queste entità siano poste in una relazione di indipendenza *anche* dal potere esecutivo, in particolare non soltanto a quella vigilanza e a quel controllo che al Governo spetta sul sistema della pubblica amministrazione complessivamente intesa, ma anche dalla mera possibilità che il potere politico possa interferire nel perseguimento dei fini stabiliti o non adeguatamente specificati dal legislatore.⁴⁷⁷

Scopo del presente paragrafo consiste pertanto nell'evidenziare come il ricorso a certe modalità di formazione del dato normativo, anche quando non conducano ad individuare profili di illegittimità evidenti nel singolo caso, può comunque risultare inopportuno, per via delle implicazioni che se ne possono trarre, pur nel rispetto di una legalità formale.

Questa considerazione fornisce tuttavia anche lo spunto per provare a riflettere su una *pratica della regolazione* che, nello specifico ambito inerente le funzioni conferite all'Autorità garante della Concorrenza e del mercato - d'ora in avanti AGCM - sia elaborata secondo forme e contenuti differenti.

⁴⁷⁶ Per un inquadramento generale in senso storico - culturale cfr. M. CLARICH, in *Dir. amm.*, n. 1/1999, p. 181 ss. per un quadro ancor più esaustivo cfr. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. Predieri, ed. Passigli, 1997

⁴⁷⁷ Circa l'indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti cfr. *ex multis*, M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO, *Arbitri dei mercati*, in *Quaderni di Astrid*, ed. Il Mulino, 2010

Come si è avuto modo di approfondire⁴⁷⁸, l'art. 23 - bis sanciva che tutte le volte in cui gli enti locali avessero voluto ricorrere ad un affidamento diretto *in house*, avrebbero dovuto preventivamente chiedere un parere all'AGCM, la quale si sarebbe espressa sull'analisi di mercato svolta dall'ente locale finalizzata a verificare la sussistenza di quelle situazioni eccezionali tali da non permettere un efficace ed utile ricorso all'esternalizzazione del servizio⁴⁷⁹.

La previsione di cui all'art. 23, comma 4 – bis, stabilendo che fossero i regolamenti delegati a determinare le soglie oltre le quali gli affidamenti dei servizi pubblici locali assumevano rilevanza⁴⁸⁰, poneva in realtà una questione che, prescindendo l'avvenuta abrogazione della disposizione, è suscettibile di evidenziare le insidie che contraddistinguono il ricorso alla delegificazione tutte le volte in cui tramite essa si introducano disposizioni di natura prettamente regolatoria.

Ci si domanda allora se non sia più opportuno aderire a un differente schema, rispetto a quello contenuto non solo nella disciplina di cui all'art. 23 - bis, ma anche in quella successiva, dato che, come noto⁴⁸¹, all'art. 4 di cui al d.l. 138 del 2011, seppur per il tramite di un più adeguato ricorso alla sola fonte primaria seguita da un regolamento attuativo, era replicato un procedimento sostanzialmente identico pur differenziato riguardo ad alcuni aspetti sostanziali.

Ai fini dell'affidamento del servizio l'ente locale nell'espletare la propria valutazione avrebbe dovuto quindi operare un contemperamento degli interessi, avendo come riferimento, da una parte l'interesse pubblico primario, teoricamente in vista del

⁴⁷⁸ *Retro* par. 1 e par. 4.1 ss.

⁴⁷⁹ Art. 23 bis, comma 3

⁴⁸⁰ Il requisito, di ordine economico, atteneva al valore complessivo del servizio oggetto dell'affidamento, che rendeva obbligatorio il ricorso alla richiesta di parere qualora avesse superato la somma di 200.000,00 euro annui. Nella richiesta del parere, il medesimo articolo del regolamento 168 del 2010 elencava poi alcune peculiarità di cui tenere conto con riferimento al settore idrico.

⁴⁸¹ Cfr. *retro* par. 2 e par. 4 ss.

soddisfacimento delle esigenze degli utenti del servizio e dall'altra esigenze di economicità della gestione, o più in generale di buon andamento della pubblica amministrazione. L'analisi di mercato che accedeva alla valutazione complessiva era quindi concepita come sorta di accertamento tecnico che tenesse conto di eventuali aspetti economici, necessari ad assumere scelte allocative trasparenti e responsabili in ordine ai servizi da garantire. Qualora l'ente locale avesse voluto discostarsi dal parere reso, la particolare perizia tecnica di cui è dotata l'Autorità rendeva allora necessario che l'Amministrazione pubblica ricorresse ad un percorso motivazionale argomentativo decisamente più articolato per giustificare la scelta compiuta.

Il parere reso dall'AGCM infatti, pur non essendo vincolante, conduceva al risultato che, qualora si fosse instaurato un giudizio amministrativo, la ricostruzione della composizione degli interessi operata dal soggetto pubblico, sarebbe stata condotta anche alla luce del rispetto del principio di proporzionalità, in virtù del quale le decisioni intraprese nel merito dell'azione amministrativa non potevano comunque risultare arbitrarie, irragionevoli, e nè tantomeno fondate su alcun travisamento dei fatti⁴⁸².

La norma quindi attribuiva ad un'Autorità caratterizzata da funzioni antitrust, compiti più propriamente di regolazione⁴⁸³. Non è tuttavia questa la sede per esaminare il rischio di "snaturare" il ruolo originariamente attribuito all'AGCM⁴⁸⁴.

L'istituto deve infatti essere valutato innanzitutto per l'apporto diretto

⁴⁸² In questo senso Cds. 28 settembre 2009, n. 5808

⁴⁸³ In questo senso per l'inquadramento del tema cfr. *ex multis*, F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza : impegni e misure cautelari*, in *Giur. Comm.*, n. 1/2008, p. 109 ss.

⁴⁸⁴ In effetti il parere, prima della modifica intervenuta con il d.l. n. 135 del 2009, avrebbe dovuto esser reso dalla Autorità di settore. La scelta sarebbe forse risultata più coerente, ma l'assenza tuttavia di Autorità indipendenti per i settori interessati dalla riforma ha probabilmente indotto il legislatore a individuare nell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato il soggetto preposto all'attività consultiva considerata.

che esso è in grado di offrire all'efficienza complessiva del sistema congegnato in chiave pro – competitiva delle dinamiche concorrenziali. Inoltre, il legislatore non è nuovo all'attribuzione di funzioni quasi – regolatorie alla stessa Autorità. L'esperienza ha dimostrato infatti come l'attribuzione di tali funzioni regolatorie all'AGCM, esercitate attraverso l'istituto degli impegni, abbia condotto a definizioni *ex ante* degli assetti concorrenziali che si sono poste in senso rafforzativo delle attività svolte dalle singole attività di regolazione operanti nei servizi di pubblica utilità. Una riflessione critica potrebbe al più essere svolta a riguardo delle implicazioni intercorrenti tra la decisione a seguito di impegni e i riflessi che questa assume in un eventuale giudizio civile successivo⁴⁸⁵.

Ugualmente, non sembra necessario scomodare la dottrina e la giurisprudenza in merito alla natura ed i poteri cd. impliciti delle Autorità indipendenti⁴⁸⁶ in quanto l'attività resa, che ha natura consultiva, non sembra richiedere la teorizzazione di alcun potere, seppur implicito, ed è inoltre, oltre che espressamente prevista nella stessa legge istitutiva dell'Autorità⁴⁸⁷ confermata anche nell'attribuzione specifica prevista dall'art. 23 - bis e dal regolamento delegato di attuazione, nonchè dalla fonte primaria di cui alla riforma introdotta a mezzo dell'art. 4 citato.

Qualche problema in più sarebbe al più potuto sorgere qualora il parere dell'Autorità fosse stato vincolante. In che ottica avrebbe dovuto essere inquadrata una situazione nella quale un regolamento dell'esecutivo, attraverso le stesse modalità accennate avesse avuto

⁴⁸⁵ Cfr. A. PERA - G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 1/2012

⁴⁸⁶ Per un inquadramento generale sui poteri impliciti delle pubbliche amministrazioni cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, ed. Giuffrè, 2001, *Principio di legalità*, cit. Nello specifico circa i poteri impliciti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato : P. PANTALONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in www.astrid-online.it

⁴⁸⁷ L. 287 del 1990, in particolare Capo IV, titolo III, artt. 21 e 22

anche solo l'astratta possibilità di limitare o escludere l'applicazione della normativa in materia di affidamenti?⁴⁸⁸.

Nel tornare all'analisi del dato positivo, la domanda di fondo però, con esplicito riferimento alla disciplina originaria del 2008, riguarda comunque se possa ritenersi legittima una norma regolamentare introdotta a seguito di procedura di delegificazione che, seppur formalmente rispettosa delle disposizioni contenute nella legge autorizzante, limiti, solo riguardo ai potenziali effetti, l'esercizio di una funzione consultiva di un'Autorità indipendente, che è però prevista in attuazione di un *favor* legislativo contenuto nella fonte primaria.

E' vero, come si è fatto cenno, che l'attività eventualmente prevista aveva natura consultiva e che il parere non era vincolante, ma era lo stesso a Governo a stabilire quali fossero i casi in cui il più "*utile ed efficace*" ricorso al mercato giustificasse una procedimentalizzazione dell'attività dell'ente locale affinché venissero illustrate eventuali ragioni in base alle quali il servizio andasse affidato direttamente piuttosto che ricorrere all'evidenza pubblica. Una chiara indicazione della propensione del legislatore di quantomeno sensibilizzare gli enti locali circa la necessità di ricorrere a forme di affidamento diretto solo in presenza di *cd. fallimenti del mercato*⁴⁸⁹.

Nel momento in cui era pertanto la fonte primaria ad attribuire a un'Amministrazione indipendente una data funzione, il potere

⁴⁸⁸ A dire il vero, qualora la legge avesse attribuito all'Autorità un potere normativo in tal senso, si pensi alla possibilità di emanare atti regolamentari in ordine alla possibilità o meno di ricorrere agli affidamenti diretti a seguito di richiesta dell'ente, in luogo di una funzione consultiva, si sarebbe potuto sostenere che la determinazione delle soglie economiche in previsione delle quale il Governo stabiliva la necessaria analisi da parte dell'ente e la conseguente pronuncia dell'Autorità, costituiva di fatto una modalità attraverso la quale l'AGCM vedeva subordinato l'esercizio di un potere conferito dalla legge a dei parametri stabiliti dalla fonte regolamentare dell'Esecutivo.

⁴⁸⁹ O forse, secondo S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali : carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it, in aderenza a un'interpretazione più letterale della norma, alla semplice presenza di situazioni che rendessero sconsigliabile, perchè non utili nè efficaci il ricorso all'autoproduzione

esecutivo poteva astrattamente rendere la previsione priva di una reale operatività, mediante la fissazione di soglie economiche che di fatto avrebbero reso il parere uno strumento residuale, quanto non addirittura un mero accertamento formale. Qualora il regolamento frustrasse in concreto⁴⁹⁰ la *ratio* che anima la fonte primaria, in questo caso di promozione della concorrenza, resta da chiedersi se si possa allora ipotizzare l'esistenza di un regolamento *sostanzialmente* illegittimo, che nei modi e nel contenuto si è discostato dal fine ricavabile dal complesso delle disposizioni contenute nella legge autorizzante.

Laddove invece si discuta, come pare potersi fare in questo caso, di un regolamento cui è stata comunque conferita la possibilità di fissare le soglie economiche in assenza di requisiti fissati a livello di fonte primaria, la strada da intraprendere pare differente.

Infatti, preso anche atto che il parere reso non fosse vincolante, si può ritenere che l'eventuale deviazione dal modello generale di delegificazione potesse evidenziare una illegittima attribuzione di un potere normativo primario all'esecutivo che emerge, più che dalla singole disposizioni considerate, dall'intera relazione intercorrente tra la fonte primaria e quella secondaria. La disposizione di legge che consente all'Esecutivo di regolare le soglie economiche potrebbe tuttavia essere ritenuta *generica* in luogo di generale⁴⁹¹ e quindi costituzionalmente illegittima, solo nel momento in cui si valutasse

⁴⁹⁰ Si pensi alle ipotesi in cui il parere fosse stato previsto per valori del servizio estremamente bassi o esageratamente alti. Nel primo caso l'Autorità avrebbe dovuto ricorrere rilasciare pareri in quantità tali da dover ridurre i propri accertamenti a meri visti di regolarità formale. Nel secondo caso il suo intervento sarebbe stato invece probabilmente quasi assente, considerato che, a maggior ragione nei casi non contemplati dalle discipline di settore, sono pochissimi i casi in cui l'affidamento del servizio avvenga ricorrendo all'in house, trattandosi per lo più di affidamento dei servizi cd. innominati. Per una completa ricostruzione dell'attività consultiva svolta dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato cfr. www.agenzia.roma.it/documenti/monitoraggi/423.pdf. La ricerca è condotta con termine al 26.07.2010, seppur da tale data fino all'introduzione della disciplina successiva siano stati rilasciati soltanto altri 17 pareri.

⁴⁹¹ Cfr. *retro*, Cap. II, par. 2 ss.

l'aderenza delle norme generali non solo al modello generale di delegificazione, ma allo stesso principio di legalità sostanziale.

L'aspetto teleologico della normativa era infatti chiaramente individuabile nel tentativo di introdurre prime forme di apertura alla concorrenza nei servizi pubblici locali. Le modalità attraverso le quali realizzarlo non sono però state sufficientemente definite da una fonte primaria che aveva in concreto lasciato al Governo la possibilità di decidere l'ampiezza dell'ambito di intervento, tale da risultare astrattamente anche in grado di incidere sull'*an* dello stesso.

Il modello così delineato rimanda quindi le modalità di intervento dell'Autorità ad un atto, quale il regolamento delegato, che seppur oggetto di particolare procedura, resta nella disponibilità del potere politico.

9. Sulla possibilità del ricorso a nuove forme di mediazioni degli interessi riguardo alla scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione.

E' stato sottolineato come essenzialmente il ricorso a fonti differenti dalla legge formalmente intesa, sia il risultato di una pluralità di fattori che hanno reso questa inidonea a svolgere in ogni circostanza la funzione di mediazioni di interessi che tradizionalmente l'ha contraddistinta⁴⁹². Il sintomo di questo mutamento è rappresentato anche dalla delegificazione di recente tentata.

Qualora si verta allora nell'ambito di materie sottoposte alla regolazione o all'intervento di Autorità indipendenti, come spesso avviene, è necessario domandarsi se in tema di servizi pubblici locali si possa pensare a nuovi procedimenti di formazione delle norme che dovranno fare poi da riferimento per la materia considerata..

⁴⁹² Più approfonditamente *retro*, Cap. II

Determinato il principio e meglio definiti i criteri direttivi attraverso la legge, sarebbe stato allora più opportuno lasciare che fosse la stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti AGCM) a precisare le soglie economiche considerate, piuttosto che sancirle a mezzo di fonte primaria o con il ricorso a fonte secondarie.

Sottolineate le deviazioni che il ricorso al potere regolamentare delegato comporta e preso atto della difficoltà della fonte primaria ad operare una ricomposizione di tutti gli interessi coinvolti, nel caso di *iter* legislativi che implicino il conferimento di funzioni o attività ad Autorità di regolazione, potrebbero allora ipotizzarsi fonti di rango primario che si limitino ad individuare nuove funzioni per i regolatori, lasciando che siano poi questi ultimi ad esercitare i poteri necessari al raggiungimento delle finalità stabilite dalla legge, in un quadro di articolata collaborazione con gli enti locali.

Qualora quindi fosse la legge a stabilire che la fissazione delle soglie economiche possa spettare all'AGCM nel senso sopra indicato, il *regolamento* dell'Autorità conseguentemente adottato, connotato dagli elementi della partecipazione e dell'obbligatoria motivazione finirebbe per consentire il contraddittorio di quei soggetti coinvolti, in questo caso ravvisabili negli organismi rappresentativi degli enti locali, al fine di consentire una migliore definizione del risultato derivante dal confronto dialettico di interessi storicamente poco conciliabili.

Se infatti le amministrazioni tradizionali effettuano scelte discrezionali in esiti a procedimenti di ponderazione fra diversi interessi pubblici e privati, pur diversamente modulati a seconda delle specifiche situazioni, le Autorità non si occupano della gestione dell'interesse pubblico, ma regolamentano e proteggono⁴⁹³ interessi

⁴⁹³ Secondo la definizione di F. ROMANO, *Le autorità amministrative indipendenti*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Percorsi monografici di diritto amministrativo*, Napoli, 1998

ritenuti costituzionalmente rilevanti.

Si potrebbe obiettare che anche un procedimento di adozione di un regolamento delegato comporta passaggi consultivi nei quali è acquisito il parere degli enti territoriali *cd.* minori. Quest'ultimo tuttavia, non è sottoposto a quell'obbligo di motivazione cui invece sono tenute le Autorità nell'adozione della corrispondente fonte e nè tantomeno, come abbiamo avuto modo di accennare, è oggetto di un consultazione che tenga realmente conto di fattori che sono invece necessari ai fini della reale adozione di mercati concorrenziali nei servizi pubblici locali.

Si è avuto modo di far cenno⁴⁹⁴ a come la funzione della regolazione consista nell'orientare il libero gioco delle forze del mercato verso un determinato obiettivo, che nel caso considerato può essere rinvenuto nella concorrenza, attraverso un processo di mediazione di interessi contrapposti, teso a valorizzare la capacità di autovalutazione dei soggetti privati.

La stessa funzione regolatoria di per sé, applicata al servizio pubblico locale però non funziona.

L'ente locale continua infatti a restare estraneo a logiche e carente di strumenti che consentano di rilevare l'insufficienza o l'inefficienza di certi servizi erogati direttamente o indirettamente dall'Amministrazione, e per la stessa ragione resta delusa l'aspettativa in base alla quale lo si possa ritenere in grado di operare medesima valutazione con riguardo ad un servizio gestito da privati.

E' in questo senso che prima ancora che assicurare la regolazione attraverso procedure di affidamento che mimino la concorrenza, riproducendone gli effetti solo nel senso di permettere un contraddittorio ad armi pari tra gli operatori che competono per l'assegnazione di un servizio, si rende indispensabile che gli stessi Enti Locali si rendano allora *ausiliari* alla regolazione, attraverso

⁴⁹⁴ Cfr. *retro*, Cap. III, par. 3

meccanismi nei quali la presentazione di proposte all'Autorità garante induca una sorta di autovalutazione, sottoposta a una verifica da parte dell'AGCM, la quale, al termine di una consultazione, magari sottoposta a forme di rivisitazione periodiche similmente a quanto avviene nella definizione dei limiti tariffari da parte delle Autorità preposte alla regolazione nei servizi cd. servizi a rete, consenta agli Enti Locali di cogliere il senso e di predisporre adeguati strumenti per la realizzazione di assetti concorrenziali *nel* mercato e non più semplicemente *per* il mercato.

Questo spiega anche la ragione per la quale si è fatto riferimento ad una auspicabile consultazione tra AGCM e autonomie territoriali.

Dal punto di vista pratico vale la pena osservare che il carico di lavoro dell'Autorità non sarebbe probabilmente inficiato da una simile ipotesi dato che la sussistenza del citato obbligo di motivazione⁴⁹⁵ dell'atto adottato, non consente di ritenere che debba esser data replica puntuale ad ogni osservazione presentata dai soggetti intervenienti⁴⁹⁶. Inoltre, eventuali rallentamenti in questa fase iniziale, dovute agli presumibili conflitti che potrebbero sorgere in seno alla definizione di un aspetto così rilevante per gli enti locali troverebbero compensazione quanto al probabile effetto realizzato.

La definizione di una soglia economica che faccia da spartiacque all'applicazione di una disciplina in luogo di un'altra è infatti un aspetto principalmente economico, quindi più propriamente tecnico, che però accede a considerazioni generali di carattere politico, generalmente prevalenti nelle consultazioni Stato – Autonomie territoriali cui tradizionalmente si assiste.

⁴⁹⁵ La dottrina e la giurisprudenza oramai in senso unanime ritengono non si applichi agli atti normativi adottati dalle autorità l'esclusione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 13 L. 241 del 1990. Cfr. in tema S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010

⁴⁹⁶ Cfr. *ex multis* le prime Tar Lombardia, Milano, 18 Febbraio 2005, n. 402; Tar Lombardia

La normazione di un'Autorità indipendente è invece generalmente avulsa da considerazioni di carattere politico, ed anzi, strettamente legata a considerazioni di natura tecnica. La conseguenza sarebbe di una maggior responsabilizzazione degli enti locali, oltre che un'attuazione effettiva del principio di sussidiarietà cd. discendente riconosciuto nella Carta Costituzionale e più recentemente valorizzato in ambito europeo⁴⁹⁷.

In questo senso, la valutazione discrezionale successiva dell'ente risulterebbe non solo seguita dall'accertamento tecnico esplicito nel parere dell'Autorità, ma anche preceduta da effettivo contraddittorio cui abbiano partecipato le rappresentanze degli stessi enti.

Il contatto tra un'impostazione che si risolve in attività e comportamenti quasi sempre di natura squisitamente politica e una differente impostazione volta a perseguire finalità di interesse generale individuate dalla legge, se non limitato al conferimento di pareri resi dopo che il singolo ente abbia condotto la cd. analisi di mercato, potrebbe portare gli enti a maturare una nuova consapevolezza anche riguardo il momento successivo della stessa istruttoria con la quale l'ente sceglie comunque non procedere ad un'esternalizzazione. Consapevolezza che attualmente non sussiste, dato in molti casi l'ente locale non è neppure dotato di strutture in grado di distinguere tra un servizio avente rilevanza economica da un altro che ne sia sprovvisto, o anche di indicare elementi peculiari che giustifichino il mancato ricorso al mercato. E ciò non solo in realtà di modeste dimensioni, ma anche in realtà metropolitane, ove si continua a scontare la poca dimestichezza nel procedere ad analisi di mercato che indichino i vantaggi in termini di efficienza ed economicità rispetto ad alternative volte ad instaurare procedure di evidenza pubblica⁴⁹⁸. Tale congenita

⁴⁹⁷ Cfr. *retro* Cap. I, par.3.4 e 3.5

⁴⁹⁸ www.agcm.it AS603 del 07.08 2009, Comune di Roma – Gestione del servizio di

carenza di strumenti non poteva che risultare ancor più evidente nel sistema introdotto con l'art. 4 di cui al d.l. 138 del 2011 e successive modifiche, laddove l'attività cui era chiamato a svolgere l'ente locale risultava ancora più complessa, consistente in una verifica condotta circa l'impossibilità di ricorrere a misure di liberalizzazione prima di procedere ad affidamenti in esclusiva, laddove ancora si registravano invece difficoltà a interpretare gli oramai assimilati criteri dell'in house⁴⁹⁹.

Per gli enti locali quindi, il confronto con l'Autorità all'interno di un procedimento di formazione che consisterebbe in un vero e proprio atto normativo di regolazione dei mercati, quando supportato da adeguata base legislativa che ne definisca oggetto, scopi e interessi curati, non potrebbe che rappresentare un primo passo verso un neonato atteggiamento degli stessi dinanzi a tematiche, quale quelle di apertura dei mercati, oramai votate a essere imprescindibili, almeno nella strada intrapresa dal legislatore statale.

Dotandosi del più esasperato ottimismo, sarebbe altresì probabile che l'acquisita familiarità con differenti schemi e diversi approcci conduca poi progressivamente a un vero e proprio mutamento di "cultura", ove logiche più propriamente politiche, quando non clientelari, vengano quantomeno affiancate da altre finalità di pubblico interesse che nel caso dell'affidamento di un servizio , potrebbero riguardare l'esigenza di contenimento dei costi per la collettività , il buon andamento dell'amministrazione⁵⁰⁰ o l'interesse

car sharing.

⁴⁹⁹ Cfr. AGCM, parere AS953 del 09.05.2012 – Comune di Porto Torres

⁵⁰⁰ Il principio di buon andamento dell'amministrazione oltretutto, almeno in tema di servizi pubblici non è stato oggetto di un approfondimento penetrante della giurisprudenza costituzionale, se si escludono le pronunce Corte Cost. nn. 60 del 1991 e n. 356 del 1992 in tema di economicità di gestione e contenimento dei costi, nonché la 104 del 2007 a riguardo della garanzia di regolarità e continuità dell'azione amministrativa, in particolare, dei pubblici servizi, al mutare degli assetti politici

stesso delle imprese che erogano quel dato servizio, obiettivi e finalità tutti sicuramente condivisibili da ogni singolo Ente locale, e che non per questo restano estranee alla politica di promozione della concorrenza, o che dir si voglia della cd. regolazione, ma che anzi ne costituiscono alcune delle declinazioni possibili.

Una ragione del ricorso a un simile modello sarebbe pertanto individuabile nella necessità di una buona “pratica” che consenta agli enti locali di prendere confidenza con una differente *forma mentis*, la quale non escluda, ma anzi integri l’individuazione degli interessi da soddisfare attraverso la necessaria compartecipazione alla definizione di aspetti *tecnici* che normalmente esulano dalle ordinarie forme di composizione degli interessi degli enti territoriali, ma che non per questo ne siano estranei quando correttamente recepiti e soprattutto praticati.

Secondariamente, le Autorità possono ben regolamentare le materie di esclusiva competenza statale, arrivando a disciplinare settori molto vasti per il tramite delle cd. materie trasversali. E’ bene poi ricordare che poiché anche le norme in tema di affidamento dei servizi pubblici locali rientrano nella materia della concorrenza, in questo specifico caso non vi sarebbe la necessità di ipotizzare opportuni correttivi alle norme costituzionali al fine di meglio definire il rapporto tra Autorità e Regioni⁵⁰¹.

Per tale ragione un regolamento predisposto da un soggetto comunque riconducibile all’ambito delle Amministrazioni statali che per espressa previsione di legge, disciplinasse, con la partecipazione degli enti locali, anche compiutamente i requisiti che dovrebbe avere la cd. analisi di mercato da sottoporre alla stessa potrebbe ritenersi al riparo di eventuali questioni di legittimità costituzionale inerenti la

⁵⁰¹ In questo senso già M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 37 ss.

competenza del soggetto che lo ha adottato. In quest'ottica si potrebbe persino arrivare ad ammettere che Regioni ed Autorità collaborino in una fase addirittura antecedente a quella di fissazione delle soglie economiche dei servizi per i quali è consentito il ricorso all'autoproduzione, prevedendosi anche o piuttosto una cooperazione in ordine alla definizione degli ambiti territoriali ottimali, nella composizione dei quali gli Enti locali potrebbero conferire il loro apporto in termini di conoscenza delle singole realtà territoriali, laddove invece l'AGCM appresterebbe la propria ventennale esperienza in termini di definizione dei mercati rilevanti e problematiche connesse.

Il sistema proposto non risulta quindi risentire di una necessaria indagine sulle fonti competenziali, diversamente dal caso di contemporanea presenza di competenze diverse da quelle esclusive. Ne conseguirebbe un'indagine di natura sistemica la cui conclusione possa prescindere dalla devoluzione dell'intera questione all'interpretazione giurisprudenziale circa la ragionevolezza della disciplina apprestata.

Contemporaneamente, l'attuazione delle considerazioni svolte non implicherebbe un ripensamento generale del rapporto tra Autorità e Regioni che sia fondato sull'istituzione di nuovi organismi deputati a costituire anch'essi un sistema reticolare di necessario raccordo⁵⁰².

Il soggetto che, in rappresentanza della Regione, interloquisce con l'AGCM nella definizione del regolamento sulle procedure di affidamento potrebbe tuttavia essere individuato in alcune disposizioni degli Statuti regionali, e in particolare in quelle che prevedono già l'istituzione di Autorità di garanzia da parte delle Regioni, secondo modalità di organizzazione e funzionamento idonee ad assicurarne lo svolgimento delle funzioni in posizione di indipendenza rispetto

⁵⁰² Cfr. al proposito G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, p. 206 ss.

all'Esecutivo regionale.⁵⁰³ Sarebbe poi compito della Conferenza Regione – Autonomie locali assicurarsi il necessario coordinamento con gli enti territoriali minori, al fine di accertare che anche ai livelli territoriali più vicini alle comunità locali siano recepiti gli indirizzi e i principi frutto della consultazione avvenuta tra le Regioni e l'AGCM.

Il procedimento sommariamente illustrato, permetterebbe pertanto di non sottrarre la regolazione alla sfera politica, quanto piuttosto di affiancare a quest'ultima la dovuta considerazione di elementi di qualità ed efficacia nei settori in cui tradizionalmente manca.

Diversamente si continuerà ad assistere nel migliore dei casi ad una situazione come quella tratteggiata dalle ultime due discipline.

Nel momento in cui si sceglie di attribuire una funzione, anche consultiva ad un' Autorità di regolazione, non si può prescindere dalla considerazione che l'esercizio di una qualunque funzione regolatoria necessiti di avere una dimensione territoriale che coincida con i mercati di riferimento.

La mancata organizzazione di ambiti territoriali ottimali, cui si coniuga il rilascio del parere dell'AGCM come nelle ultime due discipline , comporta invece che lo Stato ricorra a uno schema di regolazione indipendente interamente rimesso a un rapporto bipolare AGCM – singolo ente locale, nel quale non trovi spazio alcuno la concertazione, con conseguenti e limitati margini di intervento anche da parte dei legislatori regionali, ovvero quei soggetti incaricati dalla legge di definire gli ambiti territoriali ottimali necessari a garantire una prima attuazione delle misure realmente proconcorrenziali di apertura al mercato.

Il coinvolgimento delle Regioni, anche per il tramite di organismi da

⁵⁰³ Per una completa rivisitazione della norma citata e norme simili contenute in altri statuti si rimanda ancora a G. GRASSO, *Le autorità indipendenti di garanzia : il tentativo di "razionalizzazione" dello statuto ligure*, in *Quad. reg.*, 2005, p. 659 ss.

loro delegati, nella fase di valutazione *ex ante* delle scelte tecniche in merito ad atti e provvedimenti che produrranno i propri effetti nei riguardi di realtà locali minori, dovrebbe costituire quindi il punto di partenza intorno al quale far ruotare un razionalizzante tentativo di riforma dei servizi pubblici locali.

L'attuale centralismo, effetto di una dilatata nozione di concorrenza, sarebbe pertanto sostituito o quantomeno associato da relazioni cooperative indispensabili, laddove il fine non sia soltanto quello di evitare discipline eterogenee, ma anche predisporre normative incentivanti l'efficacia, la qualità del servizio e la soddisfazione degli utenti nel settore considerato.

E a tal proposito, nulla impedirebbe che tale procedimento collaborativo sia coadiuvato da previsioni volte ad prevedere meccanismi che incoraggino la formulazione di proposte anche da parte delle Regioni, similmente a quanto già accade nelle consultazioni pubbliche delle Autorità di regolazione dove anzi, seppur in settori dove è possibile prevedere l'esercizio di funzioni delegate, si assiste a un vero e proprio sistema decentrato di funzioni delegate ad organismi regionali, chiamati a svolgere il servizio di conciliazione obbligatoria oppure persino di definizione di vertenze in luogo della stessa Autorità qualora il tentativo obbligatorio non vada a buon fine⁵⁰⁴.

Anche senza volersi spingere in questa sede a sostenere l'ammissibilità di meccanismi di ulteriore decentramento di funzioni ausiliarie e strumentali, l'esperienza citata dimostra come sia possibile comunque collegare differenti interventi tecnico – politici e normativi,

⁵⁰⁴ Il riferimento è alle procedure di conciliazione nel settore delle telecomunicazioni. I Comitati Regionali di Controllo, istituiti con legge regionale, a seguito di un accordo quadro del 2008 stipulato tra le Regioni ed Autorità di settore, sono oggi nella maggior parte dei casi deputati anche a risolvere le controversie in via amministrativa, in ottemperanza alla Delibera AGCOM n. 173/07/CONS, come definita nella versione consolidata prevista a seguito della Delibera n. 597/11/CONS. Circa lo stato di avanzamento del sistema decentrato delle telecomunicazioni cfr. anche Relazione annuale AGCOM per il 2012, p. 419 ss.

creando un sistema a rete che non può che rappresentare il naturale tentativo di far fronte alla crisi della legge, attraverso strumenti più efficaci del ricorso alla delegificazione. Tale particolare esperienza, che si vuole evidenziare, in senso generale indica come non si possa escludere a priori che forme di collaborazione siano destinate a fallire aprioristicamente. Anzi, l'incontro tra la logica di cui si fanno portatrici le entità politiche da una parte e la particolare *expertise* che contraddistingue i Regolatori è non solo auspicabile, ma anche realizzabile. Ed il risultato è così oltre le previsioni da riuscire ad azzerare i rischi da cui metteva condivisibilmente in guardia autorevole dottrina⁵⁰⁵.

Per concludere, è innegabile che nel settore degli affidamenti dei servizi locali, laddove storicamente risiedono un coacervo di tematiche estremamente più complesse, introdurre sperimentazioni quali quelle proposte possa risultare un obiettivo arduo, seppur auspicabile e non impossibile. Un grosso ostacolo sarebbe tuttavia pronto a determinare l'interruzione di qualunque ragionamento in tal senso. Tale aspetto meriterebbe ben altra considerazione e approfondimento, e pertanto, non ci si può che limitare in questa sede a farvi breve cenno.

Il primo e forse più importante scoglio alla realizzazione di un percorso come quello tratteggiato sarebbe sicuramente rappresentato dalla necessità che intervenga, seppur in una materia di competenza esclusiva quale la *cd.* concorrenza, una norma di legge che autorizzi l'AGCM a guidare il procedimento di consultazione considerato e ad adottare il relativo atto normativo finale.

Anche infatti dando oramai per assodata la possibilità di attribuire

⁵⁰⁵ G. DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2008, p. 844 ss.

poteri normativi a tali Amministrazioni⁵⁰⁶ e operata la verifica in concreto della legittimità costituzionale della singola norma primaria attributiva del potere, resterebbe infatti da valutare la possibilità di ammettere che un'Amministrazione indipendente, in luogo dell'esercizio di funzioni consultive, possa adottare atti normativi che non abbiano più come destinatari soltanto operatori privati ed utenti nel settore di competenza cui l'attività dell'AGCM è indirizzata, ma anche enti territoriali, titolari invero di attribuzioni normative secondarie previste dalla stessa Costituzione⁵⁰⁷.

Prevedere di contro allora una regolazione che contempli *la stipula* di un'intesa con gli enti locali, avrebbe scarsa utilità pratica e di quasi impossibile realizzazione. Nel momento in cui lo Stato ha infatti acquisito una competenza esclusiva sul tema, non pare ipotizzabile che sia disposto a rinunciarvi, prevedendo necessarie forme di collaborazione cui l'esito sia rimesso anche a un necessario accordo con le autonomie territoriali.

⁵⁰⁶ Sui poteri normativi delle autorità indipendenti si è ampiamente discusso in dottrina. Senza poter qui ripercorrere l'ampio dibattito svoltosi, si consenta il rinvio, *ex multis*, per un quadro riassuntivo della situazione attuale : V.C. IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, 20.07.2009, su www.astrid-online.it; NICODEMO, *Funzioni normative alle autorità indipendenti?*, in *Dir. dell'ec.*, 1998, p. 341 ss.

⁵⁰⁷ In riferimento agli Artt. 117, comma 6, Cost., 121, comma 4, Cost., 123, comma 1, Cost.

Conclusioni

La teoria del servizio pubblico, richiamata nelle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali del '900, sembra aver trovato uno stabile punto d'approdo grazie agli eventi che hanno interessato il Continente e l'ordinamento interno negli ultimi anni del XX secolo.

Il processo di integrazione europea e le privatizzazioni indotte dalla crisi della finanza pubblica hanno condotto al superamento del modello di Stato dirigista e all'affermazione del cd. Stato regolatore. Nel nuovo contesto la figura del privato non assume più i caratteri di residualità rispetto all'intervento dell'operatore pubblico e le regole di mercato divengono esse stesse responsabili della selezione di quei bisogni che sottintendono l'individuazione dell'interesse generale che tramite il servizio erogato dovrebbe trovare soddisfazione.

A mutare è quindi anche l'inquadramento teorico del "servizio pubblico" non più qualificato secondo i canoni propri della tradizionale teoria oggettiva, ma declinato come vera e propria attività commerciale soggetta al rapporto d'utenza, in aderenza anche alla nozione di servizio di interesse economico generale accolta nei Trattati dell'Unione e successivamente sviluppata da Giurisprudenza e Istituzioni europee.

In questa cornice prendono corpo anche le prime di liberalizzazione che, nel breve volgere di quindici anni tratteggiano un quadro nel quale, soprattutto nei settori cd. a rete, si assiste alla presenza di mercati del tutto o quasi interamente concorrenziali.

Di contro, se si escludono alcune discipline dettate in materia di affidamento e forme di gestione i servizi pubblici locali restano invece immuni alle trasformazioni che hanno riguardato i tradizionali servizi pubblici nazionali.

Se infatti il nostro Paese può ritenersi virtuoso per ciò che riguarda l'adozione delle singole discipline settoriali, lo stallone in cui versa la

situazione della disciplina generale dei servizi pubblici locali racchiude qualcosa che va ben oltre la situazione descritta.

Evidenziato come probabilmente non esista una posizione definitiva accolta in sede europea in merito all'alternativa tra autoproduzione e mercato e appurata l'assenza di disposizioni di diritto derivato, è stata rimessa alle politiche nazionali la scelta circa i criteri di affidamenti e gestione dei servizi pubblici locali, pur nel rispetto di quei principi di proporzionalità e sussidiarietà ricavabili dall'art. 106 TFUE e posti a tutela della realizzazione di quella concorrenza che è comunque espressione delle libertà fondamentali previste già all'interno del'originario Trattato di Roma. L'assetto dei servizi considerati è stato oggetto negli anni di così tanti e tali interventi circa le modalità e i limiti dell'intervento del pubblico, da mutarne totalmente la configurazione originariamente intesa. Il fattore determinante è stato individuato nel processo di integrazione e nella conseguente azione europea, che ha provocato il superamento di quel modello tipico dello Stato cd. imprenditore, attraverso il quale gestore ed erogatore del servizio, spesso coincidevano con la stessa Autorità pubblica.

A distanza di oltre due decenni dalle prime aperture in senso concorrenziale dei servizi di interesse economico generale anche l'Unione Europea sembra però aver rallentato la sua spinta propulsiva: poco conveniente risulterebbe pertanto attendere dall'ordinamento transnazionale una soluzione in merito all'equilibrio tra autoproduzione ed esternalizzazione. In ambito nazionale, le riforme dei SPL hanno progressivamente interpretato tale opzione nel senso della previsione del legittimo intervento del pubblico, solo laddove l'autonomia privata non fosse stata grado di soddisfare adeguatamente gli interessi della collettività.

Se tuttavia è innegabile il venir meno della nozione di servizio pubblico come attività economica sottratta al regime di mercato in

quanto governata da disciplina speciale fondata su una riserva di legge, in termini pratici, nell'ambito dei SPL, la sottoposizione dell'attività ad un diritto comune e i modelli privatistici di gestione non hanno impedito che non trovassero i medesimi problemi che avevano afflitto i servizi pubblici nazionali.

Ad oggi, considerata la situazione attuale è lecito allora chiedersi se pubblico e privato, autoproduzione e esternalizzazione, non richiedono un'interpretazione che valorizzi la loro complementarità più ancora che il loro antagonismo.

Le riforme che si sono susseguite dagli anni '90 ad oggi si concludono con un nulla di fatto, fino a che, dinanzi alla persistente incapacità della legge di porre una disciplina stabile ed esaustiva della materia, il legislatore del 2008 ha pensato di ricorrere alla cd. delegificazione con conseguente esercizio del potere regolamentare dell'esecutivo. Non si risolvono tuttavia le difficoltà congenite della fonte primaria di adeguarsi alle regole del mercato, venendo piuttosto in evidenza profili problematici in ordine al modello sostanziale prescelto.

Parallelamente si considerino gli interventi della Corte Costituzionale, volti a neutralizzare quelle censure inerenti ad una non corretta attribuzione del potere regolamentare alla luce dell'art. 117 Cost., a tutela di una stabilità di sistema ed al prezzo di un eccessivo centralismo legislativo. Di contro l'inattesa circostanza che il giudice amministrativo sia dotato di una cognizione in grado di garantire il legittimo esercizio del potere regolamentare anche quando si tratti di evidenziare il collegamento tra fonte primaria e secondaria capace di permettere l'ingresso del sindacato indiretto sul regolamento innanzi alla Corte Costituzionale.

Successivi interventi del Giudice delle Leggi e referendum abrogativi portano il legislatore ad adottare una normativa che non si

limita a recepire, a mezzo di sola fonte primaria, le disposizioni contenute in quella precedente, ma che incide ancor più profondamente sulla possibilità da parte degli enti locali di ricorrere alla cd. autoproduzione.

La recente pronuncia della Corte Costituzionale comporta tuttavia l'abrogazione anche della disciplina del 2011 e una conseguente assenza di norme di diritto interno che regolino le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali in quei settori non oggetto di normativa settoriale. In questo particolare momento storico, nel quale aspetti politico – normativi lasciano supporre che non verrà tentata alcuna riforma prima dell'inizio di una nuova legislatura, vi è allora forse la possibilità di operare una riflessione di ordine generale.

E' forse opportuno dapprima domandarsi se la perenne instabilità del settore possa trovare rimedio in soluzioni che individuino il punto di partenza della riflessione nella adesione ad uno o ad un altro tra i tradizionali modelli di gestione proposti, come rappresentanti la tradizionale e oscillante alternativa tra monopoli pubblici e imprenditoria privata.

Se l'Unione Europea sembra infatti aver rallentato la sua azione volta a definire quegli stessi istituti che meglio rappresentavano l'alternativa predetta, poco conveniente risulterebbe pertanto attendere dall'ordinamento transnazionale una soluzione in merito all'equilibrio tra autoproduzione ed esternalizzazione.

Nulla prescrive che tale equilibrio debba essere trovato dall'ordinamento interno, ma il legislatore nazionale dovrà chiedersi se il metodo fino ad ora utilizzato per tentare di conseguire l'apertura nei mercati nei SPL abbia condotto a risultati incoraggianti.

In un quadro così delineato, dove tutto muta vorticosamente, ma in fin dei conti nulla cambia, la situazione che si presenta pone infatti gli Enti Locali nella condizione di aver ancor più libertà di scelta quanto ai modelli organizzativi e le forme di affidamento cui ricorrere,

similmente a quanto già avveniva con le riforme di inizio secolo intervenute a modificare il Testo unico degli Enti Locali.

La recentissima sentenza della Corte Costituzionale che ha determinato l'abrogazione del *corpus* principale dell'ultima riforma adottata mostra inoltre come i Giudici riescano benissimo a garantire la coerenza e la stabilità del sistema delle fonti, ma risultino decisamente meno avvezzi a inquadrare e a giustificare una data disciplina se questa merita di essere considerata per quanto riguarda aspetti che coinvolgano *anche* considerazioni in merito agli effetti economico – regolatori dell'intervento, cui necessariamente la tutela e la promozione di concorrenza si ricollegano. Ne è riprova la circostanza che il Giudice delle Leggi abbia ritenuto la concorrenza *nel* mercato di cui all'art. 4 d.l. 138/2011 animata dalla stessa ratio ispiratrice che invece ha contraddistinto la concorrenza *per* il mercato di cui all'art. 23 - bis del d.l. 112 del 2008. Anche per questa ragione il legislatore nazionale dovrà attentamente valutare la possibilità di porre in essere future riforme che espandano ulteriormente l'ampiezza dell'ambito di intervento per la fonte primaria statale, secondo la giustificazione che esse conducano alla realizzazione di assetti realmente concorrenziali nel settore considerato.

Inoltre, nè maggiore prudenza e condivisione, potrebbe suggerirsi al legislatore statale qualora si tenga conto che la situazione attuale, cui si è giunti a seguito di un contenzioso Stato - Regioni durato quasi un decennio, coincide le più insperate aspettative degli Enti Locali, da sempre piuttosto restii ad rinunciare alle gestioni che li vedano soggetti protagonisti non solo del momento dell'assunzione, ma anche della gestione ed erogazione dei servizi.

L'elemento di ostacolo ad un reale cambio di impostazione era tuttavia sempre riferibile alla difficoltà di intravedere per la gestione di molti dei SPL soggetti a disciplina generale, margini di profitto tali da attrarre l'imprenditoria privata.

Quest'ultimo aspetto pareva tuttavia superabile attraverso la realizzazione di quegli ambiti territoriali ottimali che nelle recenti discipline non sembravano più relegati al ruolo di mere enunciazioni di principio.

Nell'attesa che qualcosa cambi, non deve pertanto stupire che sia ancora tratto caratteristico dei SPL, nonché effetto della perdurante situazione tratteggiata, la debolezza della regolazione amministrativa, non essendo ancora venuta meno la commistione di ruoli tra concedente, regolatore e gestore del servizio.

Alla luce delle considerazioni svolte, un mutamento di rotta che induca una reale trasformazione ed eventuale di processi di liberalizzazione nei settori esclusi dagli interventi che hanno interessato i servizi nazionali cd. a rete, non può allora non tenere in conto le esigenze delle realtà singole territoriali.

In assenza o in attesa di un improbabile *revirement* del Giudice delle Leggi o un differente approccio del legislatore statale, sussiste dunque uno spazio per individuare una diversa proposta che non scardini necessariamente gli assetti giurisprudenziali consolidati ovvero metta in discussione gli spazi che la fonte statale si è nel tempo ritagliata? E come garantire in contemporanea che gli enti locali non siano spogliati della propria autonomia gestionale e organizzativa riconosciuta, seppur non garantita, dall'ordinamento europeo?

A parere dello scrivente, si avverte la necessità che le Pubbliche Amministrazioni, prima ancora che il dogma della "gara" maturino la consapevolezza di come un servizio efficiente non debba rispondere all'alternativa tra soddisfacimento dell'interesse pubblico (*rectius* : generale) o rispetto del normale esplicarsi delle regole di mercato. Laddove quindi l'Ente non fosse in grado di cogliere entrambi i profili, potrebbero essere i soggetti preposti alla cura e agli interessi di utenti e operatori presenti sui mercati, a partecipare con gli enti locali alla verifica di situazioni nelle quali l'iniziativa economica privata non

sia in grado di garantire regolarità, continuità, accessibilità e qualità dell'erogazione. L'attività da svolgersi, posteriore alla decisione di assumere il servizio, potrebbe essere realizzata attraverso moduli collaborativi che prevedano meccanismi di cooperazione tra Enti locali – Regioni e Autorità garante per la concorrenza ed il mercato.

L'ente locale non sarebbe privato della propria autonomia gestionale e organizzativa, in quanto soggetto deputato a individuare per legge i fini che l'assunzione e la conseguente erogazione del servizio devono perseguire. Anzi, il perseguimento dell'interesse generale resterebbe l'unico parametro attraverso il quale – realmente – misurare la capacità degli eventuali operatori privati di essere in grado di soddisfare le esigenze sottese alla fornitura del servizio e contemporaneamente esercitare un'attività profittevole.

Anche laddove non si giungesse individuare la possibilità di procedere a una liberalizzazione del settore, si giungerebbe comunque al risultato che la conformazione dell'attività privata oggetto dello specifico contratto di servizio sarebbe determinata secondo modalità nelle quali il soggetto pubblico ha una più ampia consapevolezza degli obblighi di risultato cui il gestore del servizio è tenuto nei confronti degli utenti, in quanto sarebbe inevitabile la contaminazione da parte di comportamenti e criteri che ispirano l'attività di soggetti per definizione neutrali.

La trattazione in conclusione ha evidenziato come l'intero settore oggi, sia ancora caratterizzato da un'instabilità così marcata da rendere arduo anche ipotizzare previsioni sugli sviluppi futuri.

Anche prescindendo dalle singole posizioni in merito all'apertura al mercato dei servizi pubblici locali, si ravvisa comunque la necessità di procedere in via graduale, lasciando che gli eventuali meccanismi introdotti siano prima oggetto di opportuna verifica nella pratica. Con questo si vuole anche sottolineare come sia stata

probabilmente inopportuna una disciplina come quella recentemente abrogata, la quale rendeva la concorrenza nel mercato la modalità ordinaria a mezzo della quale cercare di strutturare la gestione e la fornitura dei singoli servizi. Tale modello avrebbe infatti prima richiesto un collaudo effettivo della disciplina di cui all'art. 23 bis, che tuttavia non c'è stato in virtù dei noti eventi che hanno interessato la suddetta disposizione.

Infine, sarebbe bene tener a mente l'ampiezza del futuro intervento legislativo. Si è avuto modo di accertare come la nozione di servizio pubblico possa risolversi in una clausola generale all'interno della quale sono state incluse nel tempo tipologie di attività profondamente divergenti tra loro. La situazione attuale non presenta problematiche definitorie, ma l'esperienza propone evidenti divergenze tra i settori liberalizzati dotati di propria disciplina, ed altri ove alle regole e ai meccanismi della concorrenza è attribuito minor rilievo (trasporti, rifiuti, idrico e i servizi cd. innominati). Non è certo la disciplina di settore a rendere un servizio liberalizzabile, ma discipline settoriali aiuterebbero a cogliere le specificità di singoli servizi.

Alla luce di queste considerazioni, questo lavoro non può pertanto che concludersi con l'auspicio di una prossima riflessione organica e quanto più possibile condivisa, che sappia anche esulare da schemi entro i quali si è intrappolati oramai troppo tempo.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2001
- AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962
- AMMANNATI L. – CABIDDU M.A. – DE CARLI P. (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001
- AMMANNATI L., (a cura di), *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005
- ANSELMi L., *L'azienda comune dopo la L. 142/90*, ed. Maggioli, 1993
- BARBERA A., *Il titolo V tra attuazione e riforma*, in www.forumcostituzionale.it
- BARBERA A., MORRONE A., *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003
- BASSI G., *Servizi pubblici locali e riforma "Ronchi": percorsi di riposizionamento e strategie di transizione per le società in house providing*, in *Appalti e contratti*, n. 3/2010
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, ed. Giuffrè, 2001
- BENELLI S., *La "smaterializzazione" delle materie*, Milano, Giuffrè, 2006
- BERLINGERIO G.E., *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003
- BERTI G., *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999
- BIANCHI P., –MALFATTI E., *L'accesso in via incidentale*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2009
- BIN R., "Alla ricerca della materia perduta" in *Le Regioni*, 2008
- BIN R., *La funzione amministrativa del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002

- BIN R., *Legge regionale*, in *Digesto disc. pubbl.* IX, 1994
- BONELLI F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996
- BORSI U., *Le funzioni del comune italiano* in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di ORLANDO V. E., II, Milano, 1915
- BUOSO E., *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 1/2008
- BUZZACCHI C., “*Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nelle recente giurisprudenza costituzionale*”, in *Le Regioni*, 3/2006
- CAIA G., Art. 22-23, legge 8 giugno 1990, n. 142, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, art. 128, *Supplemento*, Zanichelli, 1996;
- CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI – PERICU G. – ROMANO A. – ROVERSI MONACO F.A. –SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001
- CAIA G., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991
- CAMERLENGO Q., *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Le Regioni*, n. 1/2004
- CAMMELLI M. - ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, 1999
- CAMMELLI M., *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992
- CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione dei regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. Cost.*, 1959, 518
- CAPUTI G., *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, ed. Giappichelli, 2002
- CARANTA R., *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4/2004

- CARDI E., *Mercati e regole*, Padova, 2005
- CARINGELLA F., *Le società per azioni delegate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996.
- CARIOLA A., *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991
- CARLASSARE L., *Il Ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990
- CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990
- CARLONI E., *L'uniformità come valore, la Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 2010
- CARTABIA M., *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2000
- CARTEI G., *Il servizio universale*, Milano, 2001
- CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009
- CASSESE S., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, ed. Laterza, 2011
- CASSESE S., *Le privatizzazioni : arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/1996
- CASSESE S., *Le trasformazioni dei servizi pubblici*, in *Economia pubblica*, 1995
- CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI (a cura di) *Regolazione e concorrenza*, ed. Il Mulino, 2001
- CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993

CAZZOLA C., *La dottrina dell'essential facilities e la politica antitrust*, in BONELLI F. - CASSESE S. (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, ed. Giuffrè, 1999

CERRI A., *Definizione delle competenze statali e regionali, sussidiarietà ascendente e discendente, intersezioni tra competenze*, intervento svolto in occasione del Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione, svoltosi in Roma il 27 e 28 Maggio 2008

CERRI A., *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, 1993

CERRONE F., *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, 1991

CERULLI IRELLI V., *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, 20.07.2009, su www.astrid-online.it

CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2006

CERVATI A., *A proposito di regolamenti delegati, regolamenti autorizzati e delegificazione in una attribuzione di potestà normativa dell'esecutivo che suscita molti interrogativi*, in *Giur. Cost.*, 1995

CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967

CHELI E., *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990

CHITI M.P. (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006

CINTIOLI F., *A proposito dei decreti ministeriali "non aventi natura regolamentare"*, in *Quad. cost.*, 2003,

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffrè, 2005

CINTIOLI F., *La Regolazione dei servizi di interesse economico generale*, convegno promosso dalla Fondazione Cesifin, Firenze, 6 Novembre 2009

CINTIOLI F., *Le nuove misure riparatorie del danno alla*

concorrenza : impegni e misure cautelari, in *Giur. Comm.*, n. 1/ 2008

CINTIOLI F., *Le tecniche alternative di dispute resolution*, testo presentato in occasione del Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, avente come tema "Il giudice delle obbligazione e dei contratti delle pubbliche amministrazioni"

CINTIOLI F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2007

CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 3/2006

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005

CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995

CLARICH M., *Il processo amministrativo a "rito "ordinario"*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4/2002

CLARICH M., *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir. amm.*, n. 1/1999

CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, n.1/1998

COCOZZA V., *La delegificazione, modello legislativo e attuazione*, ed. Jovene, 2003

COLOMBARI S., *La disciplina dei servizi pubblici locali : carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it

COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2004

CORSO G., *I servizi pubblici in ambito comunitario*, in *Riv. quadr. dei pubbl. serv.*, 1999

CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997

CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.* 3/2002

CRISAFULLI V., “*Lezioni di Diritto Costituzionale*” vol. II, ed. Cedam 1984

CRISAFULLI V., *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti con forza di legge*, in *Giur. Cost.*, 1959

CUNIBERTI M., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, n. 2/2006

CUOCOLO L., *I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1/2007

D'ALBERTI M. –PAJNO A., *Arbitri dei mercati*, in *Quaderni di Astrid*, ed. Il Mulino, 2010

D'ATENA A., *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2003

D'ATENA A., *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, n.1/2003

D'ATENA A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”*, in *Giur. Cost.*, 2008

DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, ed. Giappichelli, 2002

DE PASQUALE T., *La giurisprudenza consultiva del comitato per la legislazione sulla delegificazione : tra modello generale e prassi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2011

DE SIERVO U., *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Dir. pubbl.*, 1996

DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. VI, Milano, 1930

DE VINCENTI C. –VIGNERI A., “*I servizi pubblici locali tra*

riforma e referendum”, ed. Maggioli, 2011

DE VINCENTI C. – VIGNERI A., *Le virtù della concorrenza*, Bologna, Astrid, 2006

DEGNI F., *I servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro Amm. – Tar*, 2005

DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010

DELLA CANANEA G., *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall’Autorità ai comitati regionali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2008

DEMURO G., *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995

DI COSIMO G., *Delegificazione e tutela giurisdizionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2002

DI COSIMO G., *Mortati può attendere? (a proposito del controllo di costituzionalità del regolamento di delegificazione)*, in *Giur. Cost.*, 2000

DIPACE R., *La disapplicazione dei regolamenti da parte dei giudici amministrativi*, in G. PASQUINI - A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001

DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.* n. 1/2008

DONATI F. –LIBERATI E.B. (a cura di), AA.VV. *“La regolazione dei servizi di interesse economico generale”*, in *Quaderni Cesifin* n. 44/2010

DRAGO R., *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l’art. 90 del Trattato istitutivo del mercato unico europeo*, in *Riv. dir. industr.*, 1963

DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004

DUGATO M., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003

- DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Parigi, 1913
- ESPOSITO C., *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. Cost.*, 1962
- ESPOSITO C., *Elementi soggettivi ed oggettivi degli atti aventi forza di legge*, in *Giur. Cost.*, 1959
- FALCON G. *Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003
- FERRARI C. – AIROLDI M., *La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo* in *Dir. proc. Amm.* , 1998
- FERRARI E., *I servizi sociali*, Milano, 1986
- FERRARI G.F., *Aspetti e problemi istituzionali*, in BOGNETTI G. – MAGNANI I. (a cura di), *I servizi pubblici locali tra equità ed efficienza*, Milano, Ed. Angeli, 1989
- FERRARI G.F., *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico – privati*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004
- FOIS S., *La riserva di legge*, Milano, 1963
- FOIS S., *Legalità* (principio di), in *Enciclopedia del diritto*, XXIII
- GALLO C.E., “*Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*”, in *Dir. amm.*, n. 2/2005
- GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, ed. Giuffrè, 2010
- GAROFOLI R. – M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005
- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970
- GIANNINI M.S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende* in *Riv. Amm.*, 1953
- GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici*

locali, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, ed. Giappichelli, 2011

GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006

GRASSO G., *Le autorità indipendenti di garanzia : il tentativo di “razionalizzazione” dello statuto ligure*, in *Quad. reg.*, 2005

GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2001

GRECO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005

GUARINO G., *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970

GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Utet, 1994

GUZZO G., *Le nuove regole dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.p.r. n. 168/2010*, in *Appalti e contratti*, n. 11/2010

JEZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, Parigi, 1930

LAVAGNA C., *La delegificazione: possibilità, forme e contenuti*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi.it*, n. 8 del 2010

LIGUORI F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007

LUCARELLI A., *“La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle società in house e alle aziende speciali”*, in www.federalismi.it del 26.09.2012

LUCARELLI A., *Commento all'art. 36*, in BIFULCO R. -

CARTABIA M. - CELOTTO A. (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001

LUCARELLI A., *Prmissime considerazioni a margine degli articoli 4 e 5 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2011

LUPO N., *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003

LUPO N., *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo titolo V Cost.: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2002

M. CARTABIA, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme regolamentari... aventi (ormai) forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1994

MANGIA A., *Referendum*, Padova, 1999

MARCHETTI P.G., (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, ed. Giuffrè, 1995

MARCHI G., *"I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2005

MARCOU G., *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Il Filangieri*, 2004

MARINI F. S., *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost.*, 2002.

MARTINES T., *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987

MASSERA A. (a cura di) AA.VV., *I servizi pubblici in ambiente europeo*, ed. Plus, Pisa, 2004

MERUSI F. -PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, ed. Il Mulino, Bologna, 2003

MERUSI F., *"Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia"*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2007

MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2004

MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2001

MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione Italiana Professori di diritto amministrativo*, Annuario 2001

MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, ed. Il Mulino, 2007

MERUSI F., *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto*, Vol. XVII, Torino, 1970

MERUSI F., *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1974

MODUGNO F. – NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. Soc.*, 1989

MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2001, di MAZZAROLLI L. – PERICU G. – ROMANO A. – ROVERSI MONACO F.A. – SCOCA F.G. (a cura di)

MORBIDELLI G., *Il T.A.R. del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Atti del convegno*, in *La competenza del TAR del Lazio estesa all'intero territorio nazionale : esperienze, bilancio, prospettive*, Roma, 2000

MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/1997

MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di PREDIERI A., ed. Passigli, 1997

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001

MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, p. 93 ss., ed. Giuffrè, 1964

MUNARI F., *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli stati membri e interesse generale*, in *Dir. un. eur.*, 2002

NAPOLITANO G., *I rapporti di utenza tra teoria del servizio pubblico e pratica della regolazione*, in MASSERA A. (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, ed. Plus, 2004

NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001

NICCOLAI S., *Delegificazione e principio di competenza*, ed. Cedam, 2001

NICODEMO S., *Funzioni normative alle autorità indipendenti?*, in *Dir. dell'ec.*, 1998

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1988

NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957

ORLANDO V. E. (diretto da) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900

PAJNO A., *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995

PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Padova, 1965

PALADIN L., *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958

PALADIN L., *Le fonti del diritto*, Bologna, 2000

PALADIN L., *Nota a commento della sent. n. 138/1972*, in *Le Regioni*, 1973

PALADIN L., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro Amministrativo*, 1971

PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997

PANTALONE P., *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in www.astrid-online.it

PANUNZIO S.P., *Chi è il "custode" del risultato abrogativo del*

referendum?, in *Giur. cost.*, 1998

PAPA A., *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio*, in *Rass. parl.*, 1991

PAPPALARDO A., *Commento all'art. 90*, in QUADRI R. – MONACO R. (a cura di), *Commentario del Trattato istitutivo della Comunità Economia Europea*, Milano, 1965

PERA A. - CODACCI PISANELLI G., *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 1/2012

PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, ed. Cedam, 2001

PERFETTI L.R., *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della L. n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, n. 4/2002

PETTINARI C., *“Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23 bis del d.l. 112/2008 e successive modificazioni”*, in R. VILLATA R. (a cura di), *“La riforma dei servizi pubblici locali”*, ed. Giappichelli, 2011

PIPERATA G., *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2012

PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005

PISANESCHI A., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, ed. Giappichelli, 2009

PIZZORUSSO A., *Fonti del Diritto*, ed. Zanichelli, 1977

POLICE A., in *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *I servizi pubblici locali* di S. MANGIAMELI (a cura di), Torino, 2008

POLICE A., *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Pubblico – Privato: I pubblici servizi. Quaderni del pluralismo*, Torino, 1998

POLICE A., *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. Amm.* 1/2007

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964

PREDIERI A. – MORISI M. (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001

PUGIOTTO A., *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente : le origini. Dottrina e giurisprudenza costituzionale (1956 – 1965)*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, III, 1989

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999

RANGONE N., *Verso una carta europea dei servizi pubblici?*, in *Regione e governo locale*, 1995

RESCIGNO G.U., *I regolamenti illegittimi (alcuni o tutti) sono nulli?*, in *Giur. Cost.* 2001

RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995

RODIO R.G. (a cura di) *Le privatizzazioni in Europa*, XXXIV, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, ed. Cedam, 2003

ROMANO A. , *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, n. 4/1994

ROMANO A., *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* , 1955

ROSSI G., *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998

SALVIA F., *Il servizio pubblico: una particolare conformazione d'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

SANDULLI A.M., in *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente* in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958

SANDULLI A.M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970

SANTUARI A., *Sulla trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali alla luce del d.l. n. 95/2012 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012*, in www.giustamm.it

SCIULLO G. “*Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*”, in Lexitalia.it, 7-8/2004

SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999

TARLI BARBIERI G., *Su un regolamento di delegificazione autorizzato da un decreto legislativo : dalla centralità del Parlamento alla centralità del Governo nella produzione normativa?*, in *Le Regioni*, n. 1/1999

TESAURO G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n.2 , del Trattato CE*, in *Dir. un. eur.*, n. 3/1996

TORCHIA L., *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004*, in www.giustizia.amministrativa.it

TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2002

TRIMARCHI BANFI F., *Verso una “delegificazione” delle norme di principio*, in *Le Regioni*, 1982

URSI R., *L'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea – Parte seconda*, in *Nuove autonomie*, n. 3/2002

URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, n. 1/2005;

V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in RADICATI DI BROZOLO L., (a cura di) *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, 2002

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, ed. Giappichelli, 2004

VIGNERI A. – DE VINCENTI C., *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in www.astrid-online.it, Aprile 2012

VIGNERI A., *La riforma dei servizi pubblici locali*

VIGNERI A., *Servizi e interventi pubblici locali - Commento alla Parte I, Titolo V, d. lgs. 267/2000 (artt. 112-123)*, in VANDELLI L., *Commenti al Testo Unico sull'ordinamento delle autonomie locali*, Ravenna, 2004

VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, ed. Giappichelli, 2011

VILLATA R., *Considerazioni in tema di pubblici servizi e di riparto di giurisdizione*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, n. 3/2001

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006;

VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993

WHISH R., *Competition Law*, Oxford university press, 2012

ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984,

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958

ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973